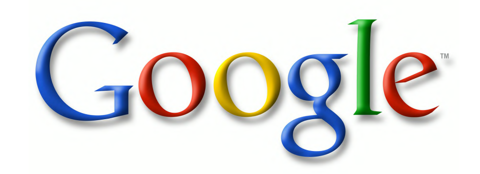


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



HAMAIDE

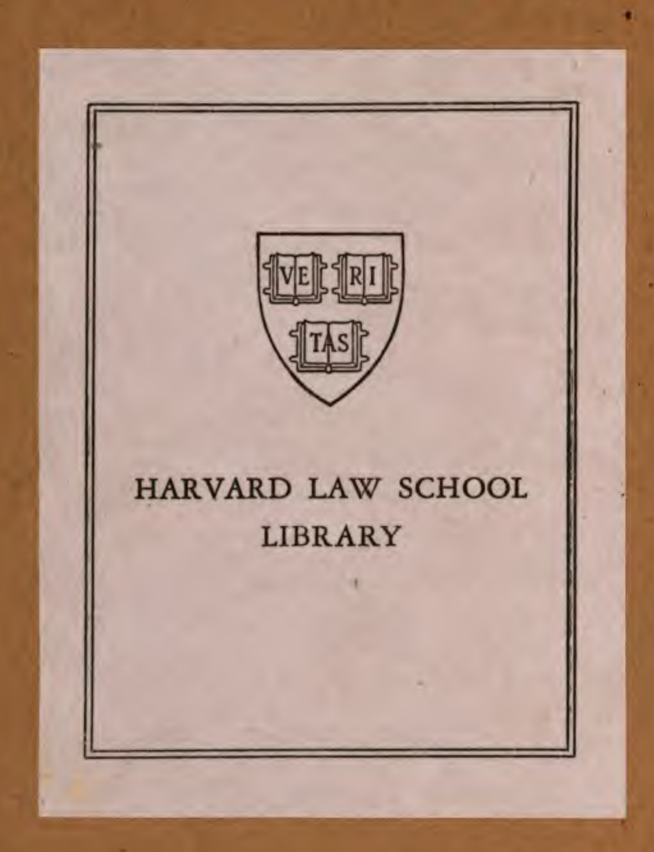
De L'inobservation
des
Formes de Publicité
dans la
Cession des Créances

1893



Digitized by Google

HARVARD
LAW



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY



Digitized by Google

Bd 91117

DE L'INOBSERVATION

DES

Formes de Publicité

DANS LA

CESSION DES CRÉANCES

Digitized by Google

Digitized by Google

19

c

DE L'INOBSERVATION

DES

Formes de Publicité

DANS LA

CESSION DES CRÉANCES

ÉTUDE CRITIQUE

DE L'ARTICLE 1690 DU CODE CIVIL

PAR

LOUIS HAMANDE
AVOCAT
JUGE-SUPPLÉANT PRÈS LE TRIBUNAL DE LOUVAIN



BRUXELLES
VEUVE FERDINAND LARCIER, ÉDITEUR
22, RUE DES MINIMES, 22
1893

942

Digitized by Google

FOR TX
H

Rec. May 21, 1897.

Digitized by Google

A

M. ALPHONSE BEECKMAN

Ancien Vice-président du Tribunal de Louvain
Directeur général au Ministère de la Justice

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1er. — Exposé.

Le droit français, à la différence du droit romain, permet de céder non pas seulement l'émolument, mais la créance elle-même, qui se trouve ainsi traitée sur le pied d'une chose corporelle.

Si l'on considère l'application du système des aliénations à la cession des créances, il faut manifestement décider que le droit de créance se transfère comme toute autre chose par l'effet du consentement.

Une limitation peut néanmoins être apportée à ce résultat, pour assurer la publicité de la cession dans l'intérêt des tiers.

L'art. 1690, C. civ., dispose à cet égard que le cessionnaire n'est *saisi* à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Terminologie équivoque.

La doctrine interprète cette disposition dans le sens suivant : Le cessionnaire n'est propriétaire de la créance à l'égard des tiers que par la signification du transport.

Nous reprochons à cette interprétation d'abolir pour les créances, et dans un intérêt de simple publicité, le principe fondamental du transfert de la propriété (si tant est que ce mot soit applicable à des droits) par l'effet des obligations.

Il ne faut point se faire illusion. On dit qu'avant l'accomplissement des formes de publicité, le cessionnaire est titulaire de la créance vis-à-vis du cédant et l'on ajoute que cette semi-propriété est une satisfaction donnée au principe du transfert de la propriété par l'effet de l'acte. Ajouter foi à cette affirmation serait se payer de mots. Le contenu de ce soi-disant droit de créance est nul. Autant valait décréter

Digitized by Google

tout d'une fois que la cession des créances serait dans le Code civil ce qu'elle était dans l'art. 108 de la Coutume de Paris; cela revenait exactement au même.

Cette explication de l'art. 1690 est de nature à soulever des scrupules. Et l'on est naturellement induit à demander si le texte n'autorise pas une autre interprétation, qui serait plus conforme au principe général de l'aliénation par l'effet du consentement, tout en donnant satisfaction aux exigences de la publicité.

La réponse est affirmative. Il suffit de décider que la cession non signifiée au débiteur produira mutation du droit de créance, sauf à convenir que ce résultat ne pourra être opposé aux tiers qui se trouveraient lésés.

Cette leçon a le mérite de se concilier avec le texte beaucoup mieux que sa rivale. Ne pas être *saisi* de la créance vis-à-vis des tiers, nous traduisons cela par : ne pas être *investi* de la créance, c'est-à-dire que la cession sera tenue pour clandestine. Cette version nous paraît irréprochable, puisque la saisine, c'est la possession. Tandis que traduire *saisine* par *propriété*, c'est tomber dans l'arbitraire, car s'il est vrai que sous le régime de la Coutume de Paris, à laquelle cette disposition est empruntée, la prise de possession confère la propriété, il est arbitraire de lui accorder cette vertu translative sous l'empire du Code civil.

C'est cette vérité que nous nous sommes efforcé d'établir dans le cours de cet ouvrage.

Dans une première partie nous examinons quelle est la sanction du défaut de publicité qui satisfait le mieux aux exigences rationnelles. Cette recherche nous procure l'occasion de soumettre le droit du cessionnaire à une analyse minutieuse, et de nous convaincre que ce droit, considéré au point de vue de la doctrine régnante, est un droit conditionnel, ce qui tranche une question pratique fort intéressante, celle de savoir quelle est la base juridique de la faculté accordée au cessionnaire d'exercer des actes conservatoires.

Dans une seconde partie nous portons nos investigations sur l'évolution historique du contrat de cession et particulièrement sur la prétendue ancienneté du principe de la scission

Digitized by Google

du transfert du droit de propriété, principe anti-juridique contre lequel nous nous élevons avec énergie.

Dans une troisième et dernière partie nous avons groupé tous les documents qui sont capables de nous faire pénétrer la pensée insaisissable des rédacteurs du Code civil. Nous nous sommes attaché ensuite à consulter l'économie générale de la loi en matière d'aliénation, pour savoir quel rôle il convient d'assigner à l'art. 1690.

Toutes ces investigations ont eu pour résultat de faire ressortir la fragilité de l'interprétation de l'art. 1690, que nous avons dénoncée.

L'étude de la cession des créances, au moins en droit français, a été fort négligée. Cette matière, avant l'apparition du magistral ouvrage de M. HUC, n'avait jamais, à notre connaissance, fait l'objet d'une étude scientifique approfondie.

Aujourd'hui que cette lacune vient d'être comblée, il y a cependant lieu d'observer que le point le plus essentiel n'a été touché que superficiellement par les auteurs, c'est la théorie de la publicité.

Il en résulte que le travail que nous présentons au public est une œuvre de défrichement non dépourvue de difficultés et de périls. Cette circonstance engagera le lecteur à apprécier avec indulgence les erreurs qui auraient pu échapper à notre consciencieuse attention.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE I[er]

Théorie de la sanction de la clandestinité

§ 2. — Base rationnelle d'une sanction.

Une sanction comminée pour l'inobservation des formes de publicité est rationnelle lorsque son étendue est adéquate aux exigences de la nécessité.

La sanction qui excède la mesure est doublement critiquable.

Elle blesse la justice, en ce qu'elle abolit des droits créés d'une manière licite.

Elle lèse les intérêts économiques, en affaiblissant l'efficacité des transactions. La liberté permet au contrat de produire son maximum d'effets utiles ; en matière de contrats d'aliénation, elle favorise la fonction économique de l'échange qui établit la nutrition de la société. Toute restriction inutile est une cause de déchet qui contrarie son épanouissement.

C'est là une vérité que de nombreuses autorités ont reconnue (1).

(1) « Nihil est tam conveniens naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi ». — L. 9, § 3 ff. *de acq. rer. dom.*

« Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. » — C. civ., art. 537.

Un homme qui traite avec un autre doit être attentif et sage. — *Disc.*

Digitized by Google

Ces observations envisagent la sanction sous le rapport de l'équité et du bien-être général.

Mais le point de vue de la construction théorique mérite aussi quelque considération.

Il convient non seulement que la sanction soit juste et utile, mais encore que le système qui la met en action soit juridique, que son jeu résulte de l'action correcte de principes bien combinés.

Le corps du Droit, à l'exemple des grands édifices, doit conserver la pureté architecturale dans la combinaison de ses lignes; la saine intelligence des lois est à ce prix.

Ne répondent pas à ce desideratum, les conceptions artificielles, ni mûries ni creusées, simples d'apparence, mais reposant au fond sur des fictions plus ou moins absurdes.

§ 3. — Aperçu de législation comparée.

Les contrats d'aliénation peuvent infliger au tiers une double cause de lésion : le stellionat et la fraude paulienne. En matière de cession des créances il faut ajouter : le payement indûment fait par le débiteur à un cessionnaire apparent ou à un cédant exproprié.

Des lois ont assujetti la cession des créances à des formes variées. Telles sont :

La notification de la cession au débiteur ;

L'acceptation du débiteur dans l'acte de cession ;

La tradition de la créance ;

L'insinuation ou transcription de la cession dans un registre public ;

prélim. au projet du Code civil ; Fenet, *Rec. complet des trav. prép. du Code civil* (t. Ier, p. 514).

On multipliera les formes à l'infini, on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens (*Eod.*, t. Ier, p. 476).

Détruire ainsi par les formes les principes qu'on a posés, c'est faire des lois de fantaisie... S'il existait beaucoup de lois semblables... la propriété deviendrait flottante. — Disc. du premier Consul; Locré, *Législ. civile* (t. VIII, p. 188).

Digitized by Google

La tradition du titre ;

La rédaction de la cession dans un écrit.

L'organisation la plus simpliste est celle de la loi romaine ; pas de formes, une simple notification touche le débiteur pour lui indiquer à qui il doit payer.

Ce système, combiné avec le principe qui fait de la convention de transfert un acte indépendant de l'acte de cession, a conquis les préférences des rédacteurs du projet de Code civil pour l'Allemagne (1).

Le Code fédéral des obligations pour la Suisse (art. 184) est conçu en ces termes :

« La validité de la cession n'est soumise à aucune condition de forme. Toutefois, le transport n'est opposable aux tiers, notamment en cas de faillite du cédant, que s'il est constaté par un acte écrit. »

Le vieux droit germanique est formaliste. Le transfert se fait par tradition, comme si les créances étaient des choses corporelles. Dans la cession, il faut considérer deux actes distincts comme dans les contrats d'aliénation du droit romain. Le contrat de cession proprement dit qui n'engendre qu'une promesse d'aliéner, et la convention du transfert, qui se réalise par le véhicule de la tradition et qui opère l'expropriation du cédant. Ce système subsistera jusqu'au Code civil.

La législation féodale, le droit coutumier et plus tard celui de la France tout entière continuèrent en effet à se servir de la tradition sous les formes successives de la cession en justice, de l'ensaisinement, de l'investiture, des œuvres de loi, de la signification du transport au débiteur.

Le système du Code civil, s'il faut admettre la doctrine régnante, est mixte : La propriété de la créance est transférée entre parties sans formalité, par l'effet du consentement, et vis-à-vis des tiers par la tradition (signification du transport au débiteur) ou bien par l'acceptation de la cession par le débiteur dans un acte authentique.

LAURENT, dans son *Avant-projet* de revision du Code

(1) R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, n° 92.

Digitized by Google

civil (t. V, art. 1371), propose de remplacer l'art. 1690 par la disposition suivante :

« Le cessionnaire ne devient propriétaire vis-à-vis des tiers que par l'inscription de la cession dans les registres du conservateur des hypothèques. » C'est le rétablissement des œuvres de loi, tout au moins vis-à-vis des tiers.

Sans doute, dans le choix des formes, il faut discerner celles qui sont faciles et utiles, mais ce qui importe surtout, c'est d'organiser la sanction qui frappe le cessionnaire coupable de ne pas avoir rendu la cession publique.

§ 4. — Enoncé de deux systèmes de sanction.

I. — La cession est accomplie et la propriété de la créance est transférée entre parties par l'effet du consentement. Mais la perfection du contrat et la translation de la propriété vis-à-vis des tiers sont subordonnées à l'accomplissement des formes de publicité.

II. — Le contrat et la mutation sont parfaits à tous égards par l'effet du consentement. L'inaccomplissement des formes de publicité empêche le cessionnaire d'opposer la cession au préjudice des tiers qui invoquent la clandestinité de l'aliénation.

Dans la première, la cession apparaît sous l'aspect d'un acte soumis à une condition suspensive.

Dans la seconde, elle présente les caractères d'un acte annulable ou sujet à résolution.

§ 5. — Examen du premier système.

Faits caractéristiques :

1° Le cessionnaire possède vis-à-vis des tiers un droit de propriété éventuel, qui devient une réalité par l'événement de la signification opérée en temps utile, c'est-à-dire, avant aucunes saisie-arrêt, extinction ou signification par un autre cessionnaire ou par un créancier du cédant ayant reçu la créance en gage.

2° Le cédant a, vis-à-vis des tiers, un droit de propriété

Digitized by Google

résolutoire qui s'évanouit par l'événement de la signification.

3° La signification agit avec effet rétroactif. Le cédant est censé ne pas avoir eu le droit de propriété vis-à-vis des tiers. Le cessionnaire est censé avoir été propriétaire de la créance du jour du contrat. Les droits concédés dans l'intervalle croulent.

Analyse de ces faits :

Ces effets sont identiques à ceux qui résultent de l'événement d'une condition suspensive.

Cette analogie a frappé l'attention de M. HUC (t. II, p. 114) qui pose la question suivante :

Le cessionnaire ne serait-il pas créancier conditionnel vis-à-vis des tiers, et ne serait-ce pas dans cette qualité qu'il puiserait le droit d'exercer des actes conservatoires? Voici sa réponse :

« Ce serait là une erreur ; l'art. 1138, C. civ. (1), vise seu-
» lement la condition proprement dite, élément conventionnel
» dérivant d'une clause contractuelle intervenue entre le créan-
» cier et le débiteur, et non l'accomplissement d'une formalité
» légale nécessaire pour qu'un droit puisse exister contre une
» personne ».

L'auteur ne nie pas la condition, mais seulement son origine contractuelle.

Il est constant que les conditions formulées par les lois sont appelées tacites par les auteurs qui interprètent le droit fiscal. C'est ainsi que la célébration du mariage est une condition tacite de la validité du contrat de mariage.

Y a-t il une différence entre les effets de la condition tacite et ceux de la condition contractuelle? Nous en doutons. La condition tacite ou légale, d'autorité, fait partie du contrat, et les contractants y souscrivent.

M. HUC (t. II, p. 121) revient sur cette question et s'efforce de donner une précision plus intime du droit du cessionnaire.

« Le cessionnaire n'a également aucun droit avant l'ac-

(1) C'est 1180 qu'il faut lire.

Digitized by Google

» complissement des formalités prescrites par l'article 1690.
» Néanmoins sa situation est préférable à celle du créancier
» conditionnel. Ce dernier, en effet, peut n'être jamais créan-
» cier ; le cessionnaire, au contraire, a réellement acquis un
» droit de créance ; s'il n'en est pas investi immédiatement à
» l'égard des tiers, cela tient uniquement à une disposition
» contingente de la loi française, inconnue du droit romain
» comme de plusieurs législations étrangères, mais ne tenant
» pas au fond même du droit. Donc, si le créancier condi-
» tionnel doit être reçu à faire des actes conservatoires, à
» plus forte raison doit-il en être ainsi du cessionnaire dont
» le droit a plus de consistance que l'espérance du créancier
» conditionnel. »

Cette proposition du brillant écrivain est formulée dans des termes dont le vague n'échappera à personne. Oui, il est vrai que le cessionnaire a plus qu'une espérance. La formalité du transport est une chose moins incertaine, moins éventuelle que l'événement qui tient en suspens la réalisation d'une condition suspensive contractuelle, car son accomplissement dépend entièrement de la volonté du cessionnaire, en d'autres termes la condition est potestative.

Mais cette différence ne fait pas obstacle à ce que le cessionnaire soit un créancier conditionnel; l'auteur le dit implicitement (t. II, p. 113).

« L'effet translatif de la cession se trouve subordonné, à l'égard des tiers, à l'observation de l'art. 1690, C. civ. »

Le droit du cessionnaire contient-il encore autre chose ?

Oui. Il y a encore un prétendu droit de propriété de la créance vis-à-vis du cédant ; mais nous verrons que ce droit est précaire, sujet à résolution ou annulation, absolument nominal, dépourvu de la moindre valeur économique.

Ainsi donc, la précision qui est de rigueur dans les qualifications juridiques ne peut s'accommoder de la proposition de M. HUC, interprétée en ce sens que le cessionnaire est plus qu'un créancier conditionnel.

Il existe un autre jugement qui, celui-là, s'écarte de la précision juridique au point de dénaturer le droit du cessionnaire, c'est celui de TROPLONG portant que ce droit est une

Digitized by Google

quasi-propriété. LAURENT (t. XXIV, nº 519) apprécie sévèrement cette qualification fantaisiste.

*
* *

Le langage que tient M. HUC peut, à la rigueur, être interprété comme admettant la possibilité d'une position intermédiaire entre le droit conditionnel et le droit pur et simple.

La loi civile n'offre pas de surface susceptible de contenir cette construction juridique.

La jurisprudence rapporte une tentative ingénieuse, d'une conception de même nature, qu'un grand jurisconsulte formula sans succès.

WINDSCHEID, voulant définir par une création technique la condition sous entendue par laquelle le recevant n'encaisse le paiement que sous l'hypothèse que la chose payée lui soit due, dit qu'il y a là une condition non développée (unentwickelte bedingung), qu'il appelle « voraussetzung ». Cette proposition est combattue par la doctrine allemande qui déclare qu'il ne peut exister de position intermédiaire entre le terme et la condition (1).

*
* *

Cette théorie du droit conditionnel est intéressante au point de vue de ses applications.

La cession non signifiée ne peut être assujettie au droit proportionnel. Le droit n'est dû au fisc que si l'acte contient en forme authentique l'acceptation du débiteur ou si la cession est signifiée au débiteur.

Que si cependant l'administration perçoit le droit proportionnel sur l'acte de cession, restitution est due au cessionnaire quand il est établi que la condition a défailli.

Tant que la cession n'est pas parfaite par la signification ou l'acceptation en forme du débiteur, la créance fait partie du patrimoine du cédant et passe à ses héritiers qui sont rede-

(1) WINDSCHEID, *Die lehre des römischen rechts von der voraussetzung*, p. 207. — Voy. l'indication des autorités : ZIMMERMANN, *Beiträge zur theorie der condictio indebiti* (GIESSEN, 1868), p. 4, note 5.

Digitized by Google

vables envers le fisc des droits de mutation par décès, sauf la résolution du droit des héritiers, pouvant résulter ultérieurement de l'événement d'une signification.

Au point de vue fiscal, le droit du cessionnaire ne donne donc prise à aucune perception du chef d'une mutation quelconque; tant que la publicité n'est pas accomplie son droit n'est que suspensif.

Cette même théorie présente encore un intérêt pratique assez considérable, en ce qu'elle donne une base juridique au droit jusqu'ici non démontré et fort controversé du cessionnaire d'exercer des actes conservatoires de la créance. — Voy. LAURENT, *Principes*, t. XXIV, nos 518 et s.

*
* *

Voici un argument que nous proposons à l'appui de la théorie d'un droit conditionnel du cessionnaire.

Sans l'hypothèse d'une condition, la signification du transport est impuissante à conférer au cessionnaire la propriété intégrale de la créance.

Prenons le cas d'une compétition entre deux cessionnaires : A, premier en date; B, second en date. B signifie le premier la cession.

Acquiert-il la propriété intégrale de la créance?

Raisonnons d'abord selon une première hypothèse qui est celle de la

a) NON CONDITION.

La signification dessaisit le cédant du droit de propriété vis-à-vis des tiers et saisit B de ce même droit.

B a-t-il la propriété intégrale? Mais certainement! dira-t-on. Les deux aspects complémentaires du droit de propriété de la créance se sont réunis dans une seule main.

N'est-ce pas une erreur?

En effet, le cédant n'est pas propriétaire vis-à-vis de tous les tiers, car il avait vendu la créance à A qui est propriétaire vis-à-vis de lui; le contenu du droit que le cédant a pu passer à B, c'est donc son droit de propriété vis-à-vis des tiers, A excepté. B n'a donc pu acquérir du cédant la propriété de

Digitized by Google

la créance vis-à-vis de A ; donc son droit n'est pas complet.

Il nous semble que des inconvénients pratiques peuvent résulter de cette lacune.

B pourrait-il réclamer à A, devenu héritier du débiteur, le remboursement de la créance?

Le débiteur paie A par erreur et devient insolvable. B se fait subroger dans son action en répétition contre A. On demande si celui ci ne peut point exciper de sa qualité et tenir ce langage à B : Je suis propriétaire vis-à-vis de vous, il vous est donc interdit de plaider que le paiement qui m'a été fait est indu?

La simple attribution, par la volonté de la loi, du droit du cédant au cessionnaire, sans le jeu d'une condition, ne remplit donc pas les exigences de l'art. 1690, qui doit saisir le cessionnaire vis-à-vis de *tous* les tiers.

Procédons ensuite d'après la deuxième hypothèse qui est celle de la

b) CONDITION.

Cette hypothèse prend corps de la manière suivante :

1° Le cédant est propriétaire vis-à-vis des tiers, sous la condition résolutoire de la signification du transport. A et B, cocontractants du cédant, ne sont pas des tiers pour lui ;

2° A est créancier sous condition résolutoire vis-à-vis du cédant et sous condition suspensive vis-à-vis des tiers, B compris ;

3° B est créancier sous condition résolutoire vis-à-vis du cédant et sous condition suspensive vis-à-vis des tiers, A compris.

Nous allons maintenant faire agir la condition et nous verrons si les résultats cadrent avec les desiderata.

B signifie le transport. Trois effets se produisent instantanément :

1° Le droit du cédant vis-à-vis des tiers est résolu ;

2° Le droit de A vis-à-vis du cédant est résolu; son droit suspensif vis-à-vis des tiers ne peut plus se réaliser et s'évanouit ;

3° Le droit résolutoire de B vis-à-vis du cédant devient un

Digitized by Google

droit pur et simple ; son droit suspensif vis-à-vis des tiers se réalise.

B est donc créancier complet. La saisine vis-à-vis des tiers est une réalité.

Ce résultat présente une différence avec celui de la première hypothèse ; nous la caractérisons.

A, par l'effet de la signification, est dépouillé de tout droit de créance, tandis que B devient créancier vis-à-vis des tiers en général et de A en particulier.

Motivons de plus près ce dernier résultat.

A n'avait obtenu du cédant qu'un droit de propriété grevé de l'éventualité d'une résolution en cas de signification faite par un second cessionnaire plus diligent. Cet accord tacite résulte de ce que les parties ont contracté sous le couvert de l'art. 1690.

Le cédant avait donc pu transférer à B, postérieur en date, sans violer la règle *Nemo plus juris*, un droit de propriété suspensif vis-à-vis de A, tiers par rapport à B.

La signification résout le droit résolutoire de A vis-à-vis du cédant et fait évanouir le droit éventuel du même par rapport à B. Voilà comment il se fait que A est complètement dépouillé.

La formalité, d'autre part, rend B créancier vis-à-vis des tiers, A compris.

Ce qu'il fallait démontrer.

* * *

Nous estimons que le système de la scission du transfert de la créance renferme une impossibilité juridique insurmontable quelle que soit d'ailleurs l'explication de son jeu intime qu'on imagine.

Les données du problème sont définies avec une netteté et une précision qui excluent tout malentendu.

Répétons-les :

La cession transfère la propriété de la créance entre parties ; tant que la formalité n'est pas accomplie, le cédant reste saisi de la propriété de la créance vis-à-vis des tiers.

Digitized by Google

Le cessionnaire est donc créancier vis-à-vis du cédant, mais il ne l'est pas vis-à-vis du débiteur, car le débiteur est un tiers et c'est au cédant seul qu'appartient la qualité du créancier vis-à-vis des tiers. Le cessionnaire est donc un créancier sans débiteur.

Faut-il dire qu'une créance est un rapport obligatoire qui comporte essentiellement un sujet passif ; et que, par conséquent, la conception de la translation de la créance entre parties est une chose absurde ?

L'hypothèse du jeu caché d'une condition explique cette tare. Le cessionnaire est créancier sous condition résolutoire vis-à-vis du cédant ; il a donc un droit actuel qui exige un sujet passif. Or, ce sujet passif il ne l'a pas, parcequ'il n'est créancier du débiteur que sous condition suspensive, c'est-à-dire créancier éventuel. Créancier actuel vis-à-vis du cédant, créancier éventuel vis-à-vis du débiteur, est une combinaison absurde.

L'impossibilité juridique du système tient à la compréhension du mot *tiers* qui englobe le débiteur.

Pour écarter l'obstacle, il faudrait exclure le débiteur de la nomenclature des tiers que la sanction protège. On ne peut le faire sans dénaturer les données du problème, preuve que le résultat de la solution tient à un vice du système.

Après épuisement de tous les moyens d'investigation, nous croyons devoir affirmer notre profonde conviction sur l'irréductibilité de cette hérésie.

L'origine de cette erreur ?

Si l'explication que l'on donne de l'art. 1690, C. civ., est exacte, il faut admettre que l'on a négligé d'approfondir la formule en apparence fort séduisante : « Propriété transmise entre parties par l'effet du consentement, transmise à l'égard des tiers par la tradition » avant que d'en décréter l'adoption.

Innover dans une matière fondamentale est doublement périlleux, quand on prétend combiner un système bâtard, sans avoir étudié à fond les antécédents de l'histoire. Le danger de pareils incidents achève de démontrer l'excellence de la méthode de l'Ecole historique.

Digitized by Google

*
* *

Il est enfin une vérité qu'il convient de mettre en relief, c'est le néant pratique du transfert de la créance entre parties.

La valeur économique d'un droit de créance vis-à-vis du cédant est nulle, complètement nulle.

Nous aimons à appuyer nos démonstrations d'arguments empruntés aux auteurs qui préconisent le système que nous analysons.

Voici une appréciation que donne M. HUC (t. Ier, p. 201) :

« Un droit ne vaut précisément que par son exercice ; le
» droit envisagé sous son rapport utile, c'est précisément le
» droit exercé ou exerçable : en un mot, le droit à son état
» actif. Que reste-t-il après avoir détaché du droit la seule
» chose qui le rend utile? Rien. »

La translation entre parties ne confère donc aucune valeur patrimoniale au cessionnaire. Quelle peut être, en effet, la valeur d'une créance sans débiteur ?

Il n'en est pas de même de la translation de la propriété des choses corporelles entre parties, car celle-ci, au moins, procure la possession.

§ 6. — Examen du deuxième système.

La cession non signifiée n'est pas opposable aux tiers lésés ; en d'autres termes, elle est dénuée d'effets vis-à-vis de ces tiers.

L'inobservation des formes de publicité ne tenant pas à la perfection du contrat ne fait point obstacle au transfert de propriété.

Le cédant est exproprié, le cessionnaire est titulaire de la créance, sauf le droit des tiers.

Les manifestations pratiques de ce système sont les suivantes :

1. — Par suite de son expropriation, le cédant n'a plus qualité pour poursuivre le débiteur (1).

(1) Le débiteur qui refuse de payer au cédant pourra-t-*il* faire preuve

Digitized by Google

2. — Le cessionnaire a qualité pour accepter payement de l'obligation, si le cessionnaire consent à payer entre ses mains; il peut donner valable quittance, sans préjudice du droit des tiers. Sous le bénéfice de cette réserve, il exerce toutes les prérogatives d'un créancier.

3. — Le débiteur a le droit de payer au cédant tant que la cession ne lui est pas officiellement connue.

4. — Il n'est pas obligé de le faire; le payement qu'il fait au cessionnaire est valable parce qu'il est fait au véritable créancier.

Mais comme il n'est pas maître, en consentant l'extinction de la créance, de priver les autres tiers du bénéfice de la sanction instituée dans l'intérêt commun, il agit à ses risques et périls. Hormis le cas spécial de l'art. 1240, s'il paie, il s'expose à être traité comme s'il était encore débiteur.

5. — La qualité de créancier du cessionnaire devient inattaquable par la prescription extinctive des actions que les tiers ont contre lui.

6. — La cession non signifiée est néanmoins un acte par-

de la cession non signifiée, puisque la signification du transport ne peut être suppléée par la connaissance officieuse de la cession?

La sanction est établie en faveur des tiers, dans un but de protection privée; ils sont libres de ne pas s'en prévaloir. Spécialement, le débiteur a le choix de payer au cédant, s'il estime que sa sécurité l'exige.

Mais il peut renoncer à ce bénéfice, contester la qualité du cédant et demander à faire la preuve de la cession, car il a le droit de ne payer ensuite qu'au véritable créancier. Le cédant aurait mauvaise grâce d'invoquer la disposition de l'art. 1690 qui n'a pas été établie à son intention.

Décider le contraire serait faire tourner la sanction légale contre ceux qu'elle doit protéger, car le payement au cédant imposé au débiteur, malgré sa résistance, opère extinction de la dette au détriment des autres tiers intéressés. Ce serait alors le cas d'invoquer cette sage sentence : « *Nulla autem juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione, contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.* » 25, *D. de leg.*, 1, 3.

Ce raisonnement ne peut être étendu au système de la première sanction, car le cédant étant propriétaire de la créance vis-à-vis du débiteur, a qualité pour réclamer le payement nonobstant la cession consentie.

Digitized by Google

fait. Au point de vue fiscal, elle donne lieu à la perception des droits de mutation, sauf restitution, si le droit du cessionnaire venait à être résolu.

7. — Les tiers intéressés qui entendent invoquer la clandestinité de la cession sont en droit de se comporter comme si la cession n'avait pas eu lieu.

8. — La main-mise d'un tiers sur la créance cédée, fait crouler tous les actes de disposition consentis au sujet de cette créance.

*
* *

La présomption de la loi est que la clandestinité de la cession est préjudiciable; la loi décrète une réparation indirecte du préjudice en faveur des tiers qui invoquent la clandestinité :

Par une attribution de la créance aux créanciers du cédant qui sont reçus à pratiquer une saisie-arrêt.

En décrétant la libération du débiteur qui a payé au cédant.

Par une attribution de la créance au second cessionnaire ou par celle d'un droit de gage au créancier gagiste du cédant.

Les tiers se comportent donc comme si le droit du cessionnaire était résolu et rentré dans le patrimoine du cédant.

Le cessionnaire est donc dans une position analogue à celle d'un créancier sous condition résolutoire. Tout événement qui fait évanouir la possibilité d'une signification opérée en temps utile amène sa déchéance; tel : une saisie-arrêt par les créanciers du cédant, l'extinction de la créance par le débiteur payant au cédant, la signification du transport notifiée par un autre cessionnaire ou par un créancier du cédant qui a reçu la créance en gage.

§ 7. — Conclusions de cet examen.

A. — *Critique du premier système de sanction.*

1. — Il ne protège pas les tiers d'une façon irréprochable. Il est un cas, en effet, où la sanction se retourne contre les

Digitized by Google

tiers, en ce qu'elle procure au cédant le droit d'éteindre la créance, à leur préjudice.

2. — Cette protection est acquise au prix du maximum de dommage pour les parties contractantes.

La perfection du contrat et son effet translatif sont suspendus *ipso jure*; la volonté des parties est tenue en échec, jusqu'à l'accomplissement des formes de publicité.

C'est excessif. Une mesure aussi absolue implique gratuitement la certitude d'une lésion et d'une plainte du tiers lésé.

C'est en vain que l'on voudrait représenter la translation de la propriété entre parties comme une satisfaction donnée au cessionnaire; nous savons que le contenu utile de ce soi-disant transfert se réduit à rien.

3. — Considéré au point de vue de la progression du droit, ce système a l'air d'avoir fait franchir un pas en avant à la théorie de la cession. C'est un trompe-l'œil. Le principe nouveau de l'efficacité du simple consentement est sans objet; le cessionnaire sous le Code civil n'a rien de plus que le cessionnaire de l'ancien droit. Tout l'effet utile de la cession est, comme jadis, subordonné à la signification du transport.

Il serait plus exact de dire que la doctrine de la cession a fait un pas en arrière. En effet, le Code civil identifie la perfection du contrat et celle de la mutation, d'où il suit que l'aliénation participe à tous les vices du contrat.

Les acquisitions actuelles n'ont plus la même solidité que celles de l'ancien droit, circonstance qui explique la proposition des rédacteurs du projet de Code civil allemand de rétablir le contrat abstrait d'aliénation, c'est-à-dire, de rendre la convention de transfert indépendante de la convention de cession qu'elle a pour but d'exécuter.

4. — Le cédant investi de la qualité de créancier vis-à-vis des tiers, donc vis-à-vis du débiteur, est fondé à poursuivre ce dernier en justice pour l'obliger à verser dans ses mains le capital de la créance déjà cédée, ce qui lui permet de faire deux fois argent de sa créance.

La loi légitime donc un stellionat; le juge, s'il en est requis,

Digitized by Google

doit prêter son concours à la perpétration de cette filouterie. C'est absolument immoral et scandaleux (1).

5. — Du système d'aliénation de l'ancien droit, de celui de l'inopposabilité aux tiers de la cession non signifiée, et de celui de la scission du transfert, c'est ce dernier qui est le plus compliqué comme construction juridique.

6. — Le système de la translation de la propriété de la créance entre parties est entaché d'hérésie, en ce qu'il confère au cessionnaire un droit de créance sans débiteur.

*
* *

B. — *Critique du deuxième système de sanction.*

1. — Il accorde aux tiers le maximum de protection désirable, en leur permettant de se comporter vis-à-vis de la créance comme si la cession n'était pas intervenue.

2. — Il respecte l'efficacité des conventions dans la plus large mesure possible.

Provision est accordée à la cession, jusqu'à ce qu'il se produise une réclamation d'un tiers lésé. Entretemps, le cessionnaire exerce toutes les prérogatives d'un créancier, hormis le droit de disposer définitivement de la créance.

3. — Considérée au point de vue de la complication de son mécanisme intime, cette construction vient immédiatement après celle qui fait dépendre le déplacement de la propriété de la signification du transport (système de l'ancien droit).

4. — Envisagée sous le rapport de son orthodoxie juridique, cette sanction est irréprochable.

*
* *

En résumé :

Le premier système est irrationnel, absurde, immoral.

Le deuxième n'est l'objet d'aucun grief.

---

(1) Troplong, *Vente*, n° 888; Aubry et Rau, IV, p. 433; Laurent, XXIV, n° 529, et toute la doctrine. Il y a eu jadis quelques dissidences : Liége, 26 mars 1834, *Pasic.*, à sa date; — Cass. franç., 4 déc. 1827; req. 16 avril 1838, Bordeaux, 20 mars 1835; Dalloz, v° *Vente*, n°s 1729 et s.

Digitized by Google

CHAPITRE II. — Aperçu historique.

§ 8. — But d'un examen historique.

« Dans une science aussi éminemment historique que celle du droit, c'est certainement apporter une forte preuve à l'appui d'une idée que d'en constater la généalogie. » — THIRY, *Belg. Jud.*, XIV, p. 842.

Deux principes nouveaux sont à considérer dans la doctrine actuelle de l'art. 1690, C. civ., doctrine que nous critiquons.

1. — La combinaison de deux procédés de translation de la propriété : transfert entre parties *par l'effet du consentement*, transfert à l'égard des tiers *par l'effet de la tradition.*

2. — La scission dans la propriété du droit transféré. Le cessionnaire est, de par la cession, *propriétaire de la créance vis-à-vis du cédant* et après la signification, *propriétaire à tous égards.*

Il est fort intéressant de consulter l'histoire de nos institutions juridiques afin d'établir la généalogie de ces principes et de constater les racines qu'ils peuvent avoir prises dans le passé.

Nous examinerons séparément l'histoire de l'aliénation des créances et celle du principe de la scission du transfert de la propriété.

Digitized by Google

§ 9. — Histoire du contrat de cession.

La signification du transport, prise en elle-même, est une information destinée à apprendre au débiteur que la créance a changé de main. Par surcroît, elle est une manifestation extérieure de la cession, car elle se réalise par un acte ostensible.

A Rome, la *denuntiatio* n'est qu'une simple information (1). Dans le droit de POTHIER et, s'il faut admettre la doctrine régnante, dans celui du Code civil, la signification est un acte officiel de publicité, qui tient en suspens la perfection du contrat. La conception moderne se sépare donc absolument de la conception ancienne.

Le système du droit français puise sa filiation dans la législation des Francs (2). Celle-ci opère surtout la translation de la propriété par la tradition, qui, par une assimilation dont on a recherché les causes historiques (3), s'applique également aux choses corporelles et aux choses incorporelles.

Elle était publique et entourée de formalités symboliques

(1) La *denuntiatio* est-elle assujettie à des conditions de forme ? L'opinion commune est qu'à l'époque classique, elle ne comporte l'observation d'aucune forme ; mais que dans le droit primitif, il a pu en être autrement. L'analogie des termes usités pour désigner l'ajournement et la signification peut laisser croire qu'à l'origine, la *denuntiatio* se signifiait dans la forme des citations : « *Condictio id est denuntiatio* », « *Litis-denuntiatio* ».

(2) LEX SALICA, *de affatomie*, cap. XLVIII. LEX RIPUARIUM, *de festucâ intercurrente*, cap. LXXI. MARCULF, *Formules*, II, 18. (*Baluzius, cap. reg. Franc.*)

GLASSON (de l'Institut). — *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 134, 229.

HUC. — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, p. 113 et 429.

CROS-MAYREVIEILLE. — *Du transport des créances en droit romain et en droit français*, p. 119.

SALEILLES. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 77.

(3) CROS-MEYREVIEILLE, p. 118.

HUC, t. I, p. 113.

Digitized by Google

d'une certaine variété (1). Profondément liée à la tournure d'esprit éminemment positive du génie germanique, elle a traversé, vivace, la période chaotique d'où émergea la féodalité, se développa concurremment avec les modes d'aliénation que les Francs avaient tirés du droit romain de la dernière époque, et, triomphant de cette concurrence, devint le droit commun de la France et de l'Allemagne.

*
* *

Droit coutumier. — Dans les pays de coutumes, ce sont les principes du droit germanique qui sont appliqués (2).

« A la *festucatio* du droit germanique succède d'abord l'ensaisinement devant le juge du lieu ; cet acte s'accomplissait au moyen des formalités du *vest* et du *devest* » (2).

L'origine de cet ensaisinement, c'est le contrat passé en justice. Celui-ci était déjà usité à la fin de l'époque franque, en place des solennités de la *festucatio*, grâce à l'influence du droit gallo-romain.

Nous reconstituons donc les trois chaînons, de la manière suivante : *Festucatio*, contrat en justice, ensaisinement (3).

La signification du transport apparaît comme mode de tradition dans un certain nombre de coutumes dont on ne donne pas les dates d'origine et plus tard dans l'article 108 de la Coutume réformée de Paris ainsi conçu :

« Un simple transport ne saisit point, et faut signifier à la partie et en bailler copie avant que d'exécuter... » (4).

(1) Glasson, *loc. cit.*

(2) Cros, p. 120. — *Coutume de Bretagne* : Tous cessionnaires seront tenus se présenter en jugement à l'audience tenant et audit lieu, teste nue, sans ceinture, faire publiquement ladite cession, l'acte de laquelle sera banny au prochain marché du domicile des dits cessionnaires, à leur diligence, auparavant qu'ils puissent céder le bénéfice de la cession.

(3) Cros, p. 122, donne l'indication des modes de tradition variés des différentes coutumes, ainsi que les sources.

(4) D'où peut provenir l'obligation de « bailler copie ? » Ne serait-ce point de la doctrine des auteurs qui suivaient le droit romain ? De Olea, dans son *Traité de la cession* (titre VIII, quest. 2, p. 516, n° 22), s'exprime en ces termes : « Verissime resolves simplicem denuntiationem non suffi-

Digitized by Google

A première vue, l'on est induit à penser que ces coutumes ont emprunté ce procédé aux pratiques romaines usitées dans les pays voisins déjà régis par le droit écrit, en lui attachant toutefois la valeur, non d'une information, mais d'une prise de possession. Cependant, il n'est pas impossible que le droit franc n'y soit aussi pour quelque chose, et voici d'où cela résulte.

Des chartes du VI[me] siècle mentionnent des textes d'obligations contenant une clause au porteur ; par cette clause, le débiteur s'engageait à payer au créancier ou au cessionnaire du titre : *qui dederit hanc cautionem* (titre) *ad exigendum.* Ce porteur de la charte pouvait être un mandataire chargé de l'encaissement ou bien aussi un mandataire autorisé à garder le profit par devers lui à l'instar *du procurator in rem sum* (1). Cette dernière hypothèse est l'image de la cession romaine ; nous disons l'image, parce qu'à Rome le mandataire n'était cessionnaire que du contenu de la créance (l'action), tandis qu'ici, dans les termes où le fait est rapporté, le bénéficiaire de l'opération paraît être investi de la créance elle-même.

De là une conjecture. Le débiteur devait payer sa dette au porteur de la charte, à la seule condition que celui-ci pût prouver que cet écrit lui avait été volontairement remis par le créancier.

L'efficacité de l'opération fut donc subordonnée à une notification ; c'est de là que nous partons pour conclure à la pratique probable d'une signification du transport, qui, étant données les idées de l'époque, a pris la valeur d'une tradition.

M. GLASSON, d'accord avec BRUNNER, STOBBE et MITTERMAIER, reconnaît aussi la possibilité, selon le droit franc, de stipuler dans l'obligation, avec l'assentiment du débiteur,

cere, neque ex ea impediri debitorem cessum, ne solvere possit suo creditori : si vero denunciatio facta sit per judicem, vel extrajudicialiter, ostenso debitori instrumento, *et ejus copia ei relicta*, si eam petierit, denunciatio his casibus efficax erit. »

Sur l'origine de la Coutume de Paris réformée en 1580, voy. *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, t. VIII.

(1) GLASSON, *Hist.*, t. III, p. 245.

Digitized by Google

que la créance serait payable à un tiers nominativement désigné. C'est là encore une forme de la cession qui implique la pratique probable d'une notification du transport.

*
* *

Droit écrit. — Les auteurs sont fort sobres de renseignements sur la façon dont la théorie romaine de la cession fut comprise et vulgarisée dans les pays de droit écrit. L'on y appliqua le droit romain de Justinien, c'est-à-dire le système du cessionnaire *procurator in rem sum*; il en fut de même dans les Pays-Bas (1).

Sans se livrer à un examen approfondi de la question, il est permis d'avancer que les jurisconsultes français ne sont parvenus à dégager la notion romaine de la cession que sur le tard et sans atteindre une très grande exactitude.

C'est ainsi que l'on attribue à DONEAU (*De Jur. civ.*, lib. XV, cap. 44) le mérite d'avoir trouvé le sens de *l'actio utilis translata* (2).

Un ancien auteur, qui a produit un traité estimé sur la matière, confesse sans détours l'indigence de la doctrine acquise (3).

*
* *

Droit de l'époque de transition. — A la fin de l'ancien régime, la théorie de la cession adoptée par les pays de coutumes devient la seule doctrine enseignée en France.

DOMAT écrit :

« Les choses incorporelles comme une héréditée, une dette ou un autre droit, ne peuvent proprement être délivrées non plus que touchées, mais la faculté d'en user tient lieu de délivrance.

(1) VOET, *ad Pand.*, l. XVIII, titre IV, n° 11; MERLIN, *Rép.*, v° Transport.

(2) SALEILLES, *Essai*, p. 66.

(3) « Nobilem hunc et utilissimum juris tractatum aggredimur *a nemine ad presens, ne dicam elucidatum sed nec degustatum* ». Tel est le préambule d'un volumineux in-folio que publia, vers 1650, le jurisconsulte DE OLEA, sous le titre : *Tractatus de cessione jurium et actionum.* Edition de 1723.

Digitized by Google

» Ainsi le vendeur d'un droit de servitude en fait comme une délivrance, quand il souffre que l'acheteur en jouisse. Ainsi celui qui vend ou transporte une dette ou un autre droit, donne à l'acheteur ou cessionnaire une espèce de possession, par la faculté d'exercer ce droit, en faisant signifier son transport au débiteur, qui, après cette signification, ne peut plus reconnaître d'autre maître ou possesseur de ce droit que le cessionnaire. » — *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. II, § IX.

POTHIER s'exprime comme suit :

« A l'égard des droits de créance, quand quelqu'un m'a fait cession ou transport d'une créance, la tradition ne peut s'en faire que par la signification que je fais de mon acte de transport à celui qui en est le débiteur. C'est ce qui est porté par l'article 108 de la Coutume de Paris qui fait à cet égard un droit commun. Il y est dit : Un simple transport ne saisit point ; il faut signifier le transport à la partie et en donner copie. Cette signification se fait par un sergeant... Faute de signification ou d'acceptation du transport de la créance, la propriété n'en est point transférée au cessionnaire. » — *Traité du droit de propriété*, n° 215.

« Le transport d'une créance est avant que la signification en ait été faite au débiteur ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition. » — *Traité de la vente*, n° 555.

M. SALEILLES (1), dans ses intéressants aperçus de législation comparée, signale un phénomène d'absorption intéressant.

La doctrine romaine de la cession fut pratiquée sans partage en Allemagne jusqu'au siècle dernier ; puis, apparaît un travail d'évolution qui se traduit dans les enseignements d'une école nouvelle qui assimile la cession d'une créance à l'aliénation d'une chose corporelle.

Voici, d'après lui, la raison de cette transformation. La théorie romaine laisse nominalement la créance au cédant, le cessionnaire s'emparant de son contenu utile ; cette distinction revient en définitive à la division de deux domaines en

(1) *Essai*, p. 67 et 68.

Digitized by Google

matière de propriété : Le domaine direct et le domaine utile. Une fois l'idée entrevue, il ne fut pas difficile de déclarer artificielle et inadmissible une telle séparation en matière de créance. SCHILTER, en 1717, oppose la pratique germanique à la théorie romaine. Les Romains, dit-il, n'ont pas admis qu'il pût y avoir une tradition de créance, parce qu'ils ont accepté l'idée que le domaine direct devait être réservé, et ils n'ont pu alors procéder que par voie de mandat.

Mais la pratique germanique admet que l'on puisse transmettre le domaine entier de la créance sans réserve du domaine direct, de telle sorte que le cessionnaire soit investi de la créance par la *denuntiatio* elle même.

Cette explication est probablement fondée, car nous trouvons un raisonnement analogue dans POTHIER :

« Une créance étant un droit personnel du créancier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne, ni par conséquent se vendre. Le débiteur s'étant obligé envers une certaine personne, ne peut point par le transport de la créance, transport qui n'est point son fait, devenir obligé envers un autre. On a trouvé le moyen d'éluder la difficulté en donnant au cessionnaire mandat de poursuivre le débiteur à son profit. Un mandat fait de cette manière est, quant à l'effet, un vrai transport que le créancier fait de sa créance. De là il s'est établi dans la pratique qu'on peut transporter les créances, les donner, les vendre. — V. *Traité de la vente*, n° 551 (1).

(1) POTHIER, par une étrange distraction, dit, au n° 559, que dans la subtilité du droit le vrai créancier est le cédant, le cessionnaire étant un mandataire *in rem suam* tout simplement. Cette contradiction a suscité des doutes qui se sont étendus jusque sur la théorie de l'art. 1690, C. civ. Ces doutes ont pris corps dans une dissertation de HÉAN, à laquelle MOURLON répondit par une lettre écrite avec une verve et une élégance incomparables et qui apporte une contribution importante à l'étude de la cession. — V. la *Revue pratique*, 1862, t. XIV, p. 498 ; 1863, t. XV, p. 97 ; 1863, t. XVI, p. 5 et 65. — M. HUC (t. II, p. 102) a levé les derniers scrupules qui pourraient encore subsister sur cette question de principe.

Digitized by Google

§ 10. — De la prétendue ancienneté de la théorie de la scission du transfert de la propriété.

L'opinion d'après laquelle la propriété peut n'être transférée qu'entre les parties contractantes nous paraît être une conception moderne.

Nous avons un jour été amené à critiquer ses mérites théoriques (1). Il est temps de discuter le silence que gardent les auteurs contemporains sur cette conception anti-juridique; disons donc notre pensée sans détours : supposer deux sujets investis *in solidum* d'un droit absolu, c'est formuler une proposition dont les données se détruisent, c'est concevoir une chose aussi absurde que le serait un cercle carré, c'est une hérésie que le droit romain a répudiée (2).

Nous ne sommes pas seul de cet avis. A de très rares intervalles et au prix de nombreuses recherches, on rencontre des jurisconsultes qui se sont prononcés contre la théorie de la scission du transfert. Nous en citerons deux.

Par circulaire du 7 mai 1841, le garde des sceaux MARTIN DU NORD demanda aux Cours et Facultés de droit françaises une consultation sur la réforme du régime hypothécaire, dont les résultats sont consignés dans l'ouvrage intitulé : *Documents relatifs au régime hypothécaire, recueillis par ordre de* MARTIN DU NORD. Paris, 1844.

Dans la partie de cette consultation qui concerne l'*Etablissement de la propriété* nous avons remarqué l'avis exprimé par les Facultés de Rennes et de Grenoble.

Rennes : « Une grave question se présente : la transcription sera-t-elle nécessaire *même à l'égard des parties;* remplacera-t-elle la tradition exigée dans le droit romain, ou bien la pro-

(1) *La réforme de l'Enseignement supérieur et l'étude du Droit.* Louvain, 1889.

(2) « Duorum in solidum condominium esse non potest; contra naturam est ut cum aliquid teneam tu quoque id teneare videaris ». — L., 3, § 3, D., 41, 2.

Digitized by Google

priété des immeubles sera-t-elle transférée, respectivement aux contractants, par leur seul consentement, le défaut de transcription ne pouvant être opposé *que dans l'intérêt des tiers?* Ceux qui excluent toute distinction font observer qu'on ne conçoit guère comment le même individu pourrait, simultanément, être et ne pas être propriétaire réel, selon qu'il s'agirait d'une personne ou d'une autre. Cet argument n'a nul besoin de développement; sa simplicité ne lui donne que plus de force, et les idées pratiques s'en accommoderont parfaitement. » — T. I, p. 464.

Grenoble : « Ceci (la transmission de la propriété entre les parties) peut amener des complications fâcheuses ; il vaut mieux rentrer dans les principes du droit romain, et distinguer nettement le droit de propriété et le droit de créance, le *jus in re* et le *jus ad rem.* » — T. I, p. 431.

En 1856, V. THIRY, l'éminent professeur de droit civil à l'Université de Liége, écrivait dans un article, dont il est fréquemment question dans le cours de cet ouvrage : « Le caractère essentiel du droit réel c'est d'être absolu, d'exister envers et contre tous, de s'imposer à tous. Qu'est-ce donc qu'un droit réel qui n'existe qu'entre parties et qui n'existe pas vis-à-vis des tiers? Cette non existence à l'égard des tiers est la négation du caractère fondamental de la réalité. Principe étrange, anti-juridique, irrationnel (1). »

Mentionnons encore l'opinion de LAURENT : « Logiquement la propriété ne se scinde pas. » — XXIX, p. 181.

Cette appréciation indulgente dans la bouche de ce jurisconsulte rigoureux, dont la logique impitoyable a ramené la discipline dans les rangs de la jurisprudence, est un sujet d'étonnement. La scission de la propriété n'est pas seulement une chose illogique, c'est une impossibilité juridique.

Les critiques que nous venons de formuler sur la scission de la propriété ne concernent que les choses corporelles à l'exclusion des créances. Une créance peut avoir plusieurs sujets actifs, peut appartenir à plusieurs créanciers solidaires. Seulement, nous avons déjà eu occasion de le dire, la scission

(1) *Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 837.

Digitized by Google

du droit de créance comporte une impossibilité d'une autre nature : un cessionnaire créancier sans débiteur. Ce résultat emporte cette conséquence : La scission du droit de créance est un vain mot, le contenu économique du droit de propriété du cessionnaire à l'égard du cédant équivaut à rien, le cessionnaire n'est pas plus avancé que s'il avait une simple action personnelle.

Fermons cette parenthèse et consultons l'histoire du droit français pendant les périodes franque, coutumière et révolutionnaire.

*
* *

Droit germanique. — Il existe une doctrine d'après laquelle le droit germanique a connu la scission de la propriété. Voici dans quelles circonstances.

« Dans les textes de l'époque carolingienne, on distingue, en matière d'aliénation d'immeubles, *la traditio* et *la vestitura; la traditio* désigne, dans le langage de l'époque, le contrat lui-même, vente ou donation. On n'est pas absolument d'accord sur l'effet de *la vestitura :* les uns veulent qu'elle ait été nécessaire pour la transmission du droit, d'autres, qu'elle ne fut requise que pour la perfection du contrat à l'égard des tiers (c'est le système qui paraît prévaloir parmi les historiens modernes du droit germanique et du droit gallo-franc). En tout cas, pour l'époque des coutumiers allemands, l'ancienne investiture, devenue la cession judiciaire (*Auflassung*), est bien considérée comme nécessaire pour effectuer l'aliénation (1). »

M. GLASSON, avec la haute autorité qui s'attache à sa profonde connaissance du droit germanique, opine sans hésiter que le droit franc ne connaissait pas le transfert de la propriété par le seul échange des consentements, ce mode d'aliénation étant propre aux législations avancées et qui ont su se dégager de tout formalisme (2).

*
* *

(1) SALEILLES, *Essai*, p. 3 et la note 2.
(2) *Hist. du droit et des inst. de la France*, t. III, p. 134, 229.

Digitized by Google

Ancien droit français. — Le professeur V. THIRY, précisant (B. J., t. XIV, p. 833) la valeur du mot *tiers* dans l'art. 1er de la loi hypothécaire, se trouva amené à exposer avec sa sagacité habituelle, la filiation de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII.

Bien que la scission du transfert de la propriété lui parût être une conception anti-juridique, il crut néanmoins trouver dans l'ancien droit assez d'autorités pour se rallier à cette doctrine légitimée par ses racines historiques.

Cette opinion ne paraît pas fondée. Les citations de l'auteur sont discutables. Elles sont infirmées d'ailleurs par d'autres autorités établies avec précision.

La première autorité invoquée par THIRY est VOET (*ad Pandectas*, lib. 41, tit. Ier, no 42) :

« Si quis rem immobilem ex justa causa alteri simpliciter, » non coram lege loci solenniter, tradiderit, nullum quidem » traditione tali præjudicium suis adfert creditoribus, quo- » minus illi cum aliis debitoris rebus etiam rem immobilem » ita traditam judicati exsequendi causa vel aliter persequan- » tur ac vendant; sed sibi omnino nocet, sic ut neque vindi- » care amplius possit ab emptore fundum ita simpliciter » traditum; exceptione quippe rei venditæ et traditæ repulsam » passurus, neque emptorem in possessione ejus et exercendis » dominii juribus turbare possit, emptorique turbato vel » dejecto possessio adjudicanda sit. Quod enim possessio » coram lege loci tradenda fuerit, id ideo inductum, ne clam in » creditorum fraudem fiat, aut fingatur alienatio, neve » emptori secundo, prioris venditionis ac traditionis privatim » factæ ignaro, per iteratam ejusdem rei venditionem, impo- » natur; ac proinde ex ratione illa, quæ anima legis, nullum » impedimentum est, quo minus venditor alio modo posses- » sionem in gratiam emptoris abdicet, in eumque ita transfe- » rat dominium, ut non aliis, sed sibi soli, præjudicium » faciat ».

Le texte de VOET est susceptible de trois interprétations.

a) La vente, suivie de tradition vulgaire, sans accomplissement des œuvres de loi, ne confère à l'acquéreur que l'action

Digitized by Google

personnelle ainsi que la possession avec tous ses avantages de droit et de fait;

b) Une vente semblable opère mutation de la propriété, mais sans que cette mutation puisse être opposée au préjudice des tiers.

THIRY adopte la seconde version avec une variante qui la dénature complètement. Voici son opinion :

c) Dans ce passage, le savant jurisconsulte dit expressément que les œuvres de loi ont été établies pour empêcher qu'on ne fraude les droits des créanciers, qu'on ne simule des aliénations, et qu'on ne trompe un second acquéreur ignorant une vente antérieure; qu'en conséquence, c'est seulement à l'égard de ces personnes, et non entre le vendeur et l'acheteur, que ces formalités sont nécessaires pour la transmission de la propriété. Il suit de là que la propriété n'est transférée qu'entre parties.

Examen de ces trois solutions. — C'est un principe de droit commun que l'expropriation intégrale du vendeur dépendait de la tradition, du nantissement, ou de l'accomplissement des œuvres de loi; il suit de là que la première solution, *a priori*, paraîtra la seule exacte; elle a aussi l'avantage d'être conforme au droit romain. La situation de l'acquéreur qui n'a pas rempli les devoirs de loi, est semblable à celle du citoyen romain qui acquiert par tradition des biens qui ne peuvent être aliénés que par l'un des modes du droit civil (1). Il jouit simplement de cette possession juridique qualifiée qu'on appelle le *dominium bonitorium*, institution bien connue de VOET et de POTHIER. Outre les actions possessoires, l'acquéreur romain, comme l'acheteur de VOET, peut se défendre contre les entreprises du vendeur à l'aide de l'*exceptio rei venditæ et traditæ;* il peut même prendre l'offensive et dispose d'une action réelle en cas de dépossession, c'est l'action publicienne « nec abolita usu fori », dit VOET (2), et formellement reconnue dans le droit de POTHIER (3).

(1) MAYNZ, *Droit romain*, t. Ier, § 178.
(2) *Ad Pand.*, lib. VI, tit. II, no 11.
(3) *Traité du dom. de la propriété*, nos 292 et s.

Digitized by Google

Le texte de VOET est favorable à la seconde solution, sauf une réserve.

Nous ne nous expliquons pas, si l'acquéreur est devenu propriétaire, pourquoi l'auteur ne lui donne pas pour sa défense l'*exceptio dominii*, au lieu de lui conférer l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, qui n'est qu'un pis-aller et un moyen de défense moins énergique. En dépit de cette particularité, il nous semble cependant que l'intention de VOET est de décider que la vente non revêtue de la publicité officielle emporte transfert de propriété « nullum impedimentum est quominus venditor alio modo possessionem in gratiam emptoris abdicet, *in eumque ita transferat dominium* » (4).

THIRY a donc probablement trouvé la bonne version, mais nous cherchons vainement ce qui a pu le déterminer à croire que la mutation de propriété ne s'accomplit qu'entre parties. VOET ne dit rien de semblable ; il insiste sur cette idée que le transfert de propriété ne peut avoir lieu au préjudice des tiers : « in eumque ita transferat dominium, *ut non aliis, sed sibi soli præjudicium faciat* ». Or, c'est bien certainement une erreur de croire que la protection des tiers ne peut être obtenue qu'en empêchant la mutation de propriété de se produire à leur égard ; ce résultat peut être atteint à l'aide d'une sanction moins radicale : il suffit de décréter que la mutation, bien que parfaite, ne leur sera pas opposable, qu'ils pourront la faire rétracter ou annuler. Nous nous sommes longuement expliqué là-dessus dans la partie théorique de cet ouvrage, nous n'insistons pas.

Peut-être jugera-t-on que certaine réflexion que VOET formule à la suite de son commentaire, et que THIRY a omise, confirme cette manière de voir. VOET ajoute qu'en conséquence de ce qu'il vient de dire, la nullité comminée dans l'édit de Charles-Quint du 10 mai 1529, ne regarde pas le vendeur, mais bien les tiers à qui la vente pouvait porter préjudice « illam nullitatis comminationem ad tertios tantum pertinere ». L'idée de la vente rendue inoffensive pour les tiers

(4) V. les édits dans les *Plac. holland.*, t. Ier, p. 374, 1957 ; t. III, p. 1011.

Digitized by Google

peut se traduire par l'expression *nullité*, il n'en est pas de même de celle de la rétention de la propriété vis-à-vis des tiers, laquelle ne peut être rendue que par l'expression *imperfection* du contrat.

Cette interprétation de l'édit a le mérite d'être conforme à son texte : « Alle verkoopige, belastingen vervreemdigen en de hypotheequeringe anders gedhaen, *gehouden* en de *geacht* sullen worden als nul... » Cela veut dire : « Toutes les ventes, charges, aliénations et hypothèques autrement établies seront *tenues* et *réputées* comme nulles.. » Ce langage implique une mutation accomplie et simplement inopposable aux tiers; nous verrons d'ailleurs, *infra*, p. 45, l'ancienne jurisprudence française décider la même question en des termes presqu'identiques (1).

Puis, il y a la citation suivante tirée de la *Notice sur la Coutume du bailliage de Vermandois*, par DUMOULIN : « L'art. 102 de la Coutume exigeait les formalités du nantissement pour l'établissement des droits réels, notamment de l'hypothèque, et DUMOULIN explique cette disposition par la note suivante : *Scilicet contra tertium, sed contra obligatum et ejus heredem manet in jure communi.* »

La Coutume de Vermandois dispose ce qui suit :

CXVI. — L'acquéreur de rente nantie et réalisée peut, si bon lui semble, poursuivre personnellement ceux qui ont institué la rente ou leurs héritiers ou bien hypothécairement le tiers détenteur.

CXVII. — Et si ceux qui ont institué la dite rente ou leurs héritiers détiennent les héritages hypothéqués à la dite rente, celui auquel est due la dite rente peut conclure personnellement et hypothécairement contre eux.

CXVIII. — (Indivisibilité de l'hypothèque)

CXIX. — L'hypothèque ne se constitue par le seul consentement, mais est requis nantissement du jour auquel elle doit avoir cours et non plutôt *, de manière que si aucun a em-

(1) V. les édits dans les *Plac. holland.*, t. Ier, p. 374, 1957; t. III, p. 1011.

Digitized by Google

prunté quelque somme de deniers et au payement d'icelle oblige ses héritages, ou vend et constitue rente sur iceux,... le créditeur d'icelle somme ou acquéreur de la dite rente pour acquérir droit d'hypothèque ** doit faire nantir les dites lettres sur les dits héritages exhiber les dites lettres au maire... et illec lui requérir... et que dorénavant il ne reçoive aucun nantissement que ce soit à la charge de son dit dû et rente et priorité de son droit.

DUMOULIN met les deux notes suivantes à CXIX : * Scilicet contra tertium sed contra obligatum et ejus heredem manet in jure communi. ** Scilicet in præjudicium tertiorum postea acquirentium.

J.-B. BURIDAN, dans son traité *Les Coutumes du bailliage de Vermandois* (édit. de 1728), formule les observations suivantes sur les annotations dont il s'agit : « Cela est bien vrai, que quant à l'obligé, l'hypothèque n'est requise parce que la personnelle suffit et que tous les biens peuvent être saisis et décrétés. Contre les héritiers, il y a une autre raison, parce que *œs alienum ipso jure dividitur inter eos et ut heredes* ne sont tenus personnellement que pour leur part héréditaire *aliud sit sint possessores pignorum*. En conséquence toutefois de cette note de DUMOULIN, on veut prétendre qu'un des héritiers, *ex eo* qu'il détient les immeubles de la succession, quoique non nantis, est tenu hypothécairement pour le tout, ce qui est détruire et abroger 4 articles exprès de la Coutume, sçavoir les 116, 117, 118 et 123, par lesquels il est tout constant que l'héritier non détenteur des héritages nantis, ou de partie, ne peut être poursuivi outre sa part; et que, sans nantissement, il n'y a point d'hypothèque ni contre l'obligé ni contre les héritiers. Il est certain de droit que l'action personnelle, *etiam intuitu hæredum*, est toute distincte de l'hypothécaire et que l'héritier qui ne tient la chose hypothéquée ne peut être poursuivi hypothécairement, mais pour sa part seulement... Or, puisque l'hypothèque ne se constitue que par nantissement, on ne peut avec raison soutenir que l'héritier soit détenteur des biens hypothéqués, quand il n'y a eu aucun nantissement qui induise cette hypothèque. » Après ces observations, il ne reste plus rien à dire sur cet objet qui

Digitized by Google

n'intéresse d'ailleurs pas directement la matière des aliénations.

*
* *

Aux deux opinions d'auteurs anciens invoquées par THIRY, l'on peut opposer un choix d'autorités explicites, conçues en sens contraire.

MERLIN, en son *Répertoire* au mot *Nantissement*, § 1er, IV, est très instructif.

« Quoique l'acquéreur qui n'a ni pris saisine, ni possédé pendant le temps requis pour y suppléer ne soit pas réputé propriétaire du bien qu'il possède de fait, il ne laisse pas de jouir à certains égards des effets d'une propriété véritable; et l'on peut dire en général que ses droits sont les mêmes dans tous les cas où il n'y a pas de tiers intéressés, que s'il avait rempli les formalités du nantissement. C'est ce qui résulte de la note de DUMOULIN sur l'art. 119 de la Coutume de Vermandois. »

L'auteur ajoute que les art. 167 de la Coutume de Reims, 129 de la Coutume de Vermandois et 34 de la Coutume de Channy confèrent à cet acquéreur les actions possessoires, mais non l'action pétitoire, ce qui est des plus significatifs.

Des facilités spéciales lui étaient accordées pour prescrire, sans que MERLIN fasse cependant aucune mention de l'action publicienne. Celle-ci devait être accordée au possesseur bonitaire dont l'usucapion est presque terminée, à l'effet de revendiquer utilement le bien dont il aurait été dépossédé, conformément à ce qu'enseigne POTHIER.—V. *supra*, p. 40.

MERLIN précise, pour les pays du nantissement, trois degrés dans la mutation :

1° Le simple contrat ne confère qu'un droit personnel;

2° Le contrat suivi de tradition *privatim* engendre une possession qualifiée, des droits et des actions qui, envisagés au point de vue très spécial des conventions matrimoniales, ne suivent pas le sort des meubles;

3° Le contrat suivi de tradition de fait et de tradition officielle (œuvres de loi) comporte vêture et saisine et emporte mutation de la propriété.

Digitized by Google

*
* *

L'ancienne jurisprudence française se trouva devant une occasion très tentante (à laquelle elle sut résister) d'embrasser la doctrine du transfert de la propriété entre parties.

Il s'agit du cas dans lequel une compétition s'élevait entre deux acquéreurs ; le premier ne s'est pas fait mettre en possession réelle, l'acte renferme une clause de dessaisine équivalant à une tradition feinte, l'aliénateur resté en possession opère ensuite la tradition réelle de la chose au profit du second acquéreur.

Cette compétition donna lieu à une controverse au sujet de laquelle on rapporte des arrêts qui datent déjà de 1498 et qui n'était pas complètement vidée du temps de POTHIER.

La situation du premier acquéreur fut l'objet de l'analyse que voici, citée par POTHIER :

« Ces traditions feintes ne consistant dans aucun fait extérieur, mais dans une simple convention intervenue entre le vendeur et le premier acheteur, elles ne peuvent avoir la vertu et l'efficacité d'être réputées, au moins vis-à-vis des tiers, avoir transféré la propriété de la chose vendue au premier acheteur, suivant la règle *non pactionibus, sed traditionibus rerum dominia transferebantur* (L. 20, *C. de pact.*). Les conventions ne devaient avoir d'effet qu'entre les personnes qui y ont été parties ; les traditions feintes qui ne résultent d'aucun fait extérieur mais de la convention des parties ne peuvent être réputées avoir, vis-à-vis des tiers, transféré la propriété. »

Telle fut jadis la jurisprudence des Parlements de Bretagne, de Dauphiné (1) et de Paris (2).

Remarquons la prudence de cette doctrine ; l'occasion d'errer était séduisante ; l'antithèse entre la tradition publique et celle qui ne l'était pas pouvait conduire tout droit à l'hérésie de la propriété transférée entre parties; seulement on évita l'écueil. Que dit-on ? La propriété est transférée au premier acquéreur, mais elle sera *réputée* ne pas l'être vis-à-vis des

(1) POTHIER, *Vente*, n° 322.
(2) BRODEAU sur LOUET, Lettre V, n° 1.

Digitized by Google

tiers lésés par la clandestinité de l'aliénation. Ces termes méritent de fixer l'attention ; ce langage implique que la mutation intégrale est accomplie sans toutefois que le transfert de propriété puisse être opposé aux tiers à l'égard desquels il est *réputé* non avenu Cela revient à dire que la mutation est annulable en ce qui les concerne, ou qu'elle ne leur est pas opposable. Ces différentes formes de langage expriment la même idée.

POTHIER estime que la solution n'est pas fondée et nous sommes assez de son avis ; c'est faire une fausse interprétation des lois romaines que l'on invoque, que d'assimiler la vente avec tradition opérée par constitut possessoire ou *brevi manu* à un *nudum pactum*, mais l'intérêt de la question n'est pas là. Il gît dans la sanction. La clandestinité du contrat ne fait pas obstacle à la mutation, mais elle la rend inopposable, inefficace, pour ce qui regarde les tiers, voilà ce qu'il faut retenir.

Cette solution est semblable à celle que VOET préconise, d'après nous, en cas d'omission des œuvres de loi.

La doctrine des donations contient une nouvelle application de la même décision.

Dans l'ancien droit, les donations étaient parfaites par l'effet du consentement suivi ou non de tradition selon les coutumes (1), mais qu'arriverait-il si la donation n'était pas insinuée ? La mutation avait lieu, mais sans qu'elle pût être opposée au préjudice des tiers.

POTHIER caractérise l'insinuation en ces termes : C'est la transcription qui se fait de l'acte de donation dans un registre public, pour la rendre notoire. Cette formalité, qui est extrinsèque à l'acte de donation, a été ordonnée par les ordonnances et par la coutume, en faveur des tiers qui contracteront avec

(1) On peut s'étonner de voir en pays de droit écrit et dans un certain nombre de coutumes, les parties contractantes dispensées de la formalité de la tradition. Cette particularité tient à ce que l'on suivait le droit romain de la dernière époque, c'est-à-dire de JUSTINIEN, qui avait supprimé la nécessité de la tradition en matière de donations parce qu'elle faisait double emploi avec l'insinuation. — Voy. POTHIER, *Traité des donations*, § 2, art. 2, § 1er ; — MERLIN, *Répert.*, v° *Nantissement*, § 1er, n° VIII.

Digitized by Google

le donateur (1). Faute de la dite insinuation, les donations seront nulles et de nul effet tant en faveur des créanciers que de l'héritier du donnant (2). POTHIER confirme cette leçon ailleurs. L'effet de la donation, dit-il, est de dépouiller le donateur de la propriété de la chose et de la transférer au donataire par la tradition qui lui est faite (3). L'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation. Elle a été parfaite par le contrat, mais sujette à être annulée vis-à-vis des tiers, si le donateur ne satisfait pas à la loi qui exige l'insinuation (4).

MERLIN a consacré une étude notable à dégager avec précision le principe déjà consigné dans POTHIER. L'acte de donation opère mutation, l'inobservation des formes de publicité l'annule en ce sens qu'elle le rend inefficace vis-à-vis des tiers lésés (5).

Les coutumes de Gand, Alost et Bruges, entr'autres coutumes de la Flandre flamande, exigent, pour que la donation des biens immeubles *sortisse son effet*, que le donateur s'en démette par dessaisine et tradition devant la loi. A ce propos, CNOBBAERT (*Ad jus civile Gandav.*, p. 632 à 635) établit, de l'avis conforme des avocats les plus distingués consigné dans trois différentes consultations et de celui de la jurisprudence, que les formalités du nantissement ne sont requises par la coutume de Gand que pour l'intérêt des tiers. Le placard du 6 décembre 1586, rédigé dans les mêmes termes que cette coutume, explique la sanction. Les mots « *ne sortiront leurs effets* » signifient : « n'auront effet de réalisation au préjudice de personnes tierces ». Cette jurisprudence est en complète concordance avec celle que le jurisconsulte hollandais VOET adopte au sujet des contrats d'aliénation qui n'ont pas satisfait aux œuvres de loi ainsi que nous l'avons expliqué *supra*, p. 40.

(1) *Introduction au titre XV de la C. d'Orléans*, n° 45.
(2) Ordonnance de 1731, art. 27.
(3) *Traité des donations entrevifs*, Sect. III, art. 1er, § 1er.
(4) *Eod.*, Sect. II, art. 3, § 4, alin. 8.
(5) *Répert.*, v° *Nantissement*, § 1er, VIII.

Digitized by Google

Nous concluons :

Dans l'état actuel de nos connaissances historiques, l'ancien droit français ne renferme pas un seul exemple de scission du transfert du droit de propriété (1).

*
* *

Droit intermédiaire. — L'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII dispose que les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement où les biens sont situés. Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.

La filiation de cette disposition remonte directement aux anciennes institutions qui avaient établi l'obligation du nantissement de l'une ou l'autre manière et plus particulièrement par la tradition devant le juge du lieu de la situation des biens (œuvres de loi) ; cela résulte expressément de la loi des 19-27 septembre 1790 qui décrète que dans les pays de nantissement la transcription des contrats tiendra lieu des formalités du nantissement « et suffira, en conséquence, pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèques ». Pour les pays du droit écrit, la tradition vulgaire, conformément à la théorie romaine, suffisait pour opérer la mutation.

Le texte de la loi de brumaire ne trahit pas l'intention du législateur de déroger aux anciens principes. La tradition solennelle, ou non, est remplacée par la transcription et l'on est ainsi induit à conclure que le contrat continue à conférer une simple action personnelle, tandis que la transcription effectue le déplacement de la propriété (2).

Nous avons dit que le professeur THIRY s'est attaché dans

(1) Voy. encore BRODEAU sur LOUET, *Arrests de la Cour du Parlement de Paris*, lettre V, n° 1 ; édition de 1655, t. II, p. 453 ; — DOMAT, *Lois civiles*, liv. Ier, tit. II, sect. II, n° 10 ; — POTHIER, *Traité du dom. de propriété*, nos 193 et s. ; *Vente*, n° 519.

(2) En ce sens : HUREAUX, *Etude sur la transcription* ; *Revue du droit français et étranger*, t. III, p. 693.

Digitized by Google

une savante étude à pénétrer le sens de l'art. 26. Mais il est bon de signaler qu'il ne faisait cette recherche que dans le but plus éloigné de savoir s'il était conforme aux anciennes traditions de faire profiter la sanction des formalités hypothécaires, aux tiers créanciers chirographaires, aussi bien qu'aux tiers prétendant droits réels.

Ses sympathies sont pour l'explication qui vient d'être définie, mais il se résout cependant à penser que le contrat transfère la propriété entre parties et que la transcription parfait l'aliénation à l'égard des tiers.

Deux motifs déterminent sa conviction.

Le premier consiste en ce que ce système se rattache au passé par ses racines historiques; c'est aux yeux de l'estimable professeur la raison déterminante, la proposition que nous lui avons empruntée pour en faire l'épigraphe du présent chapitre en fait foi.

Nous nous sommes expliqué sur les mérites de cet argument, *supra*, p. 39 et s.

Le second motif de décider, procède des travaux législatifs. Il y a d'abord un rapport de JACQUEMINOT du 21 messidor an VI, au Conseil des Cinq-Cents (1).

« La mutation en ce qui concerne le vendeur et l'acheteur, dit-il, est parfaite par leur consentement mutuel... »

Puis, il y a un rapport de CRASSOUS, du 3 germinal an VI, ainsi conçu : « Dans les pays de nantissement, un contrat de vente donne à l'acquéreur le droit de se mettre en possession; il peut toujours déposséder le vendeur, et en cela le consentement réciproque forme le contrat, mais les tiers qui n'ont point stipulé, à qui cette convention est étrangère, qui ne peuvent la connaître, ne sont nullement engagés; et s'ils contractent avec le vendeur comme propriétaire, le consentement

(1) Ces rapports ne sont publiés ni dans le *Moniteur universel*, ni dans le *Journal des débats du Corps législatif*. Ils sont contenus dans la publication suivante, rare : *Recueil général des rapports, discours, opinions émis à l'occasion de la réforme du régime hypothécaire*. Paris, RONDONNEAU, an VII (Biblioth. du barreau de Paris, n° 3586). — La grande publication *Les archives parlementaires* (1re série) n'est pas encore arrivée à l'an VI.

Digitized by Google

de celui-ci a son entier effet, nonobstant son expropriation restée ignorée. »

Le rapport de JACQUEMINOT, il serait puéril de le contester, contient une affirmation précise de la scission du transfert; nous en prenons acte en appelant l'attention sur ce fait que c'est la première fois que semblable déclaration sort de la bouche d'un jurisconsulte. On pourrait chercher à l'expliquer en disant que son auteur ne s'est pas clairement rendu compte de la gravité de l'innovation, qu'il a voulu exprimer par une locution impropre l'état de possession dont l'acquéreur est investi et qui se rapproche très fort de l'état de propriété. Cette conjecture peut être fondée, mais ce n'est qu'une conjecture; provision est due à la déclaration du rapporteur, dont les termes sont clairs et précis. Il est même fort explicable qu'il ait adopté cette opinion; le principe du transfert de la propriété par l'effet du consentement venait de faire son apparition définitive, ainsi qu'il conste de certains avant-projets du Code civil dont l'élaboration était commencée depuis cinq ans; il est légitime de penser que JACQUEMINOT a voulu opérer la combinaison de ce principe avec celui du transfert par l'effet de la transcription en scindant le transfert de la propriété.

Nous serons plus réservé en ce qui concerne la portée du rapport de CRASSOUS. Ce dernier explique l'art. 26 de la loi de brumaire par la doctrine du droit traditionnel. Tant que la transcription n'est pas opérée, dit-il, l'acquéreur a la possession. Il parle ensuite de l'expropriation du vendeur, l'expropriation de la propriété; il ne peut certainement être question que d'une expropriation intégrale.

La conclusion qu'il est permis de dégager de ces sources est la suivante. Les opinions des rapporteurs manquent de concordance; elles peuvent être considérées comme l'expression de convictions individuelles insuffisantes pour lier la législature.

Il est possible que JACQUEMINOT ait rendu la pensée du Conseil des Cinq-Cents, comme il est possible aussi que cette assemblée ait été de l'avis de CRASSOUS, plus conforme aux traditions historiques.

Digitized by Google

Nous estimons que vraisemblablement les législateurs de l'an VII n'ont pas pensé si loin. Les aliénations devaient être rendues publiques, le défaut de publicité ne permettait pas de les opposer aux tiers ; voilà le double fait brutal qui frappait leurs esprits, abstraction faite du mécanisme intime de la sanction L'application à toute l'étendue du territoire français de ce principe, pour la conquête duquel on luttait depuis tant d'années, constituait une grande victoire dont l'importance pratique faisait perdre de vue les considérations secondaires d'intérêt théorique.

Les brumes qui voilaient le principe intime de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII et l'empêchaient d'apparaître avec netteté ne se sont pas dissipées dans la suite. On peut s'en convaincre en étudiant attentivement les travaux préparatoires du Code civil y compris les avis des tribunaux d'appel, les arrêts de la jurisprudence, la doctrine des auteurs. La portée ambiguë de la locution : « l'aliénation non transcrite n'est pas opposable aux tiers », se prêtait d'ailleurs d'une façon merveilleuse pour perpétuer indéfiniment l'équivoque.

L'unité de conception n'avait pas fait un pas de plus lorsque, en 1841, les Cours et Facultés de Droit de France furent consultées par MARTIN DU NORD sur l'établissement d'une réforme hypothécaire. Nous avons déjà parlé du recueil qui contient le résultat de cette consultation ; il apporte une contribution importante à l'étude de la législation foncière.

Des corps consultés, un grand nombre répètent la formule de la loi de brumaire sans s'expliquer (1) ; l'auteur du recueil, en classant les opinions, interprète leur avis de la façon suivante : « La publicité complète l'obligation, la transforme en un engagement réel opposable aux tiers (2). » La Faculté de Rennes a un mot heureux : « La transcription rend efficaces les contrats translatifs de propriété (3). » La Cour de Douai

(1) F. de Rennes, *Recueil*, t. Ier, p. 464 ; C. d'Angers, p. 139 ; F. de Paris, p. 435 ; C. de Poitiers, p. 449.
(2) T. Ier, p. LXXXIX.
(3) T. Ier, p. 464.

Digitized by Google

dit dans le même sens : « Le consentement seul suffit pour produire le lien de droit, à l'égard des tiers la transcription fait que la convention leur devient opposable (1). » Pour la Faculté de Grenoble, il n'y a transmission de la propriété qu'à partir de la transcription (2).

*
* *

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner outre mesure des divergences qui se produisent encore sur l'interprétation exacte de la loi de brumaire, d'autant plus, comme THIRY l'affirmait en 1856, que les auteurs ont constamment esquivé la difficulté.

La loi hypothécaire belge du 18 décembre 1851, art. 1er, reproduit la formule de l'art. 26 de la loi de brumaire; nous ne croyons pas dire chose téméraire en avançant que l'on fouillerait vainement les travaux de la législature et de la jurisprudence dans le dessein de trouver une définition bien justifiée de la position juridique d'un acquéreur qui n'a pas fait transcrire son acte d'acquisition.

En résumé, nous sommes dans une matière où il est impossible d'affirmer avec certitude la vérité du principe. Le caractère conjectural de la version adoptée par THIRY ne permet pas d'invoquer la loi de brumaire comme contenant un précédent législatif certain à l'appui de la doctrine de la scission du transfert du droit de propriété; mais on peut inférer des travaux préparatoires que des jalons de cette doctrine ont été posés.

---

(1) T. Ier, p. 232.
(2) T. Ier, p. 431.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

La cession des créances et le Code civil.

§ II. — Le contrat d'aliénation du Code civil et la cession des créances. — Interprétation de l'art. 1690. — Position du problème.

Le Code civil consacre le principe du transfert de la propriété par l'effet des obligations.

C'est le fruit d'un travail d'évolution dont l'origine est très ancienne, puisque, au témoignage de BRODEAU, nous voyons déjà des plaideurs invoquer en 1498, devant le Parlement de Paris, « le style commun des notaires, lesquels par les clauses ordinaires dessaisissaient le vendeur, et saisissaient l'acquéreur de la chose acquise, l'en rendaient le vray seigneur et propriétaire ».

Au temps de POTHIER, les traditions feintes sont tout à fait vulgarisées et efficaces.

Mais en même temps qu'il supprime la nécessité de la tradition, le Code fait disparaître la séparation qui existait entre le contrat générateur d'obligation et la convention de transfert.

Désormais, les deux actes sont confondus en un seul, la perfection du contrat consomme l'aliénation. Le transfert de

Digitized by Google

la propriété gagne en rapidité, mais il perd en solidité en ce que la mutation participe de tous les vices du contrat, notamment de l'absence de cause qui n'empêchait pas autrefois la propriété d'être transférée.

Les commentateurs du Code civil ne voient dans le système de l'ancien droit qu'une seule chose fondamentale : la tradition, institution surannée qu'ils accablent sans merci. La séparation, l'indépendance de la convention de transfert et les avantages qui en dérivent paraissent avoir complètement échappé à leur attention.

L'application à la cession des créances, du nouveau régime de l'aliénation, conduit tout droit à cette conséquence logique : le concours de volonté parfait le contrat et la mutation ; il rend le cessionnaire créancier à tous égards.

Mais il faut pourvoir à la nécessité d'une publicité de l'acte et appuyer celle-ci d'une sanction.

C'est ici qu'interviennent les principes que nous avons posés dans la partie théorique de cet ouvrage sur le choix d'une sanction de la clandestinité.

Une jurisprudence unanime que nous dénonçons et combattons, s'est crue autorisée à attribuer à l'art. 1690 la sanction abolitive du transfert ; elle dit : La loi a voulu que le consentement ne produisît la mutation de la créance qu'entre parties, la publicité seule aura la vertu de consommer l'aliénation vis-à-vis des tiers.

Nous avons exposé les tares d'une semblable doctrine ; nous avons aussi démontré qu'elle rompt complètement la filiation historique.

Nous n'insisterons plus que sur un seul point : la formule « la créance est transférée entre parties » est captieuse et mensongère. En réalité, le droit de créance du cessionnaire vis-à-vis du seul cédant est une chose chimérique. Le cessionnaire ne possède rien du tout, ni en droit, ni en fait. Rien en droit : la puissance législative est incapable de créer par voie de fiction une conception impossible ; or, un droit de créance vis-à-vis du cédant sans existence vis-à-vis du débiteur en est une. Rien en fait : parce que le contenu économique d'un droit semblable est nul, radicalement nul.

Digitized by Google

Que suit-il de là?

Il suit de là que la jurisprudence, sous le déguisement d'une formule trompeuse, a la prétention d'insérer dans le Code civil une disposition qui suspend pour les créances l'effet translatif du consentement, jusqu'à ce que la tradition, sous les espèces d'une signification du transport, soit intervenue.

Ce n'est pas la volonté qui opère la mutation, c'est la tradition-publicité; on nous ramène ainsi au régime de l'art. 108 de la Coutume de Paris.

Il était cependant si simple de lire dans l'art. 1690 cette décision si logique, si conforme au nouveau régime : La cession transfère la créance, mais sans que le cessionnaire puisse opposer la mutation au préjudice des tiers.

Mais dans le domaine juridique il ne suffit pas d'affirmer.

On propose une solution. Cette solution blesse le droit et la raison, elle inflige une direction rétrograde à l'évolution historique, elle crée un droit exceptionnel et rompt l'harmonie des principes. Soit! Mais qu'alors, l'on produise des justifications adéquates, c'est-à-dire des preuves suffisamment convaincantes pour faire échec à la solution rationnelle à laquelle provision est due.

On a failli à ce devoir. Le texte de l'art. 1690 que l'on invoque ne résout pas la question, il est d'une ambiguité complète; on ne s'aperçoit pas non plus que tirer argument de l'art. 108 de la Coutume de Paris, c'est nous asservir à un principe de l'ancien régime condamné, c'est desservir la cause par un aveu compromettant.

Nous avons tenté d'apporter une contribution sérieuse à l'éclaircissement de ce problème.

L'examen théorique de la sanction de la clandestinité nous indique dans quel esprit il faut sonder les desseins ignorés du législateur.

L'histoire du contrat de cession des créances nous renseigne la direction imprimée à l'évolution historique.

Ces deux points sont épuisés, nous n'avons plus à y revenir.

Il nous faudra scruter les travaux parlementaires et le texte. Ces investigations seront infructueuses.

Digitized by Google

Il ne nous restera plus alors, comme suprême et décisive ressource, qu'à grouper les textes qui fondent le régime du contrat d'aliénation. Nous pourrons nous convaincre alors combien la solution donnée par la jurisprudence concorde peu avec l'économie générale de la loi.

Nous proposerons ensuite une explication du succès quasi-séculaire de l'opinion, erronée selon nous, qui a été enseignée jusqu'ici.

§ 12. — Travaux préparatoires.

A. — TEXTE DES AVANT-PROJETS ET PROJET.

Premier avant-projet par Cambacérès.

Néant.

Deuxième avant-projet par Cambacérès (1).

ART. 202. — *La vente ou cession d'une créance n'a d'effet contre le débiteur que du jour où elle lui a été notifiée.*

Troisième avant-projet par Cambacérès (2).

ART. 537. — *La signification du transport faite au débiteur tient lieu de tradition.*

Avant-projet par Jacqueminot.

Néant.

Projet de la commission (3).

LIVRE III. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES. — ART. 1er. — La propriété des biens s'acquiert... ; 3° Par les obligations qui naissent des contrats ou conventions. — V. C. civ., art 711.

TITRE DES CONTRATS. — ART. 37. — L'obligation de

(1) FENET, *Rec. complet des trav. prép. du Code civil*, t. Ier, p. 129.
(2) *Eod.*, p. 258 et 294.
(3) *Eod.*, t. II.

Digitized by Google

livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire... dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. — V. C. civ., art. 1138.

ART. 38. — Dès l'instant où le propriétaire a contracté par un acte authentique l'obligation de donner ou de livrer un immeuble, il en est exproprié. — V. C. civ., art. 1140.

ART. 39. — Néanmoins, si la chose aliénée à deux propriétaires successivement est purement mobilière, celui des deux qui en a été mis en possession réelle est préféré et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois qu'il ait acquis de bonne foi. — V. C. civ., art. 1141.

TITRE DE LA VENTE. — ART. 25. — La tradition des immeubles s'opère par l'acte seul qui en transfère la propriété.

ART. 26. — La tradition d'un droit incorporel, comme d'une hérédité, d'une servitude, se fait par la souffrance de celui qui les transporte à ce que l'autre en use. — V. C. civ., art. 1609.

ART. 110. — Dans le transport d'une créance, droit ou action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre. — V. C. civ., art. 1689.

ART 111. — *Cependant jusqu'à ce que le cessionnaire ait signifié le transport au débiteur, celui-ci peut valablement se libérer envers le cédant; mais la créance ne peut plus être saisie par le cédant qui a été exproprié par le fait de son consentement.* — V. C civ., art. 1690.

TITRE DU GAGE ET NANTISSEMENT. — ART. 4. — Les meubles incorporels tels que les créances mobilières peuvent être donnés en nantissement, pourvu qu'il soit fait par un acte devant notaire avec minute portant que... et que ce transport soit signifié au débiteur.

B. — AVIS NOTABLES DES TRIBUNAUX D'APPEL.

Colmar (1).

« Ne devrait-il pas être expliqué par ces articles que c'est dans le cas où la cession serait faite par un acte authentique,

(1) FENET, t. III, p. 489.

Digitized by Google

ou qu'elle aurait date certaine? Sans cela il serait très facile au débiteur de mauvaise foi de faire une cession simulée ou antidatée pour tromper son créancier. »

Caen (1).

« Le fait du consentement du cédant suffit sans doute pour opérer son expropriation au bénéfice du cessionnaire; mais si ce fait n'est pas rendu constant par un acte authentique, ou par une signification du transport, peut-il être opposé à un créancier saisissant?

» Un acte de transport sous seing-privé fait après coup anéantira l'effet des saisies-arrêts, parce qu'il constatera le fait du consentement : les droits des créanciers peuvent être compromis par des actes clandestins. Il faut donc ajouter à cet article : ***pourvu que le transport ait été fait par acte authentique, ou qu'il ait été signifié au débiteur.*** »

Orléans (2).

« Dans le droit actuel, la signification du transport peut seule opérer la saisine du cessionnaire, tant à l'égard des créanciers du cédant que du débiteur. C'est aussi ce que veut l'art. 4 du titre XVIII ci-après, pour opérer le privilège sur la créance donnée en nantissement. Rien ne semble nécessiter la distinction établie ici pour le cas de la cession. »

Paris (3).

« Si l'on maintient le code hypothécaire actuel (11 brumaire an VII), comme nous comptons le proposer, la principale question que l'on a entendu résoudre par ces articles (38 et 39 du titre des contrats), celle relative à l'expropriation des immeubles, se trouve décidée, car le code hypothécaire déclare expressément que l'expropriation des immeubles ne s'opère que par la transcription du contrat sur le registre du conservateur des hypothèques et non par le contrat même...

(1) *Eod.*, t. V, p. 432.
(2) *Eod.*, t. V, p. 83.
(3) *Eod.*, t. V, p. 230 et 232.

Digitized by Google

» Mais en supposant que ce code soit aboli, nous croyons que l'ancien principe sur l'expropriation des immeubles puisé dans le droit romain et adopté par la jurisprudence doit être conservé; c'est-à-dire que la propriété des immeubles passe d'une main à l'autre, non par le seul contrat d'aliénation et les différentes clauses qu'il contient, mais par la tradition réelle et la mise en possession du nouvel acquéreur.

» Il ne s'agit pas de savoir comment s'opère l'expropriation du vendeur lui-même; on convient que, par rapport à lui, il est exproprié par son seul fait et le consentement qu'il donne à l'entrée en jouissance de l'acquéreur; toute la difficulté roule vis-à-vis des tiers, l'expropriation ne peut s'opérer que par un fait extérieur et public, qui avertisse que la propriété a changé de main... Ce fait ne peut consister que dans la dépossession.

» La nécessité d'une tradition réelle et de fait est le seul moyen qui remédie à tout; les rédacteurs l'ont senti par rapport aux meubles; pourquoi ont-ils suivi d'autres vues relativement aux immeubles?

» A l'égard des dettes actives, on ne conçoit pas comment les rédacteurs ont fait dépendre l'expropriation de la seule remise du titre (!!) qui d'ailleurs n'est pas toujours sous la main du vendeur, au lieu de l'attacher avec la coutume de Paris, qui forme en cette partie le droit commun, à la signification du transport ou à son acceptation comme à la mise en possession de l'acquéreur, la moins suspecte et la moins équivoque que comporte la matière.

» Nous croyons qu'il ne faut point innover dans tout cela et qu'on doit s'en tenir aux anciens principes. »

C. — DÉLIBÉRATIONS DU CONSEIL D'ÉTAT.

Nous voici arrivé à la deuxième phase. Le Conseil d'Etat, par l'organe de sa Section de législation, s'empare du projet, prend connaissance des observations des tribunaux et soumet aux travaux législatifs une rédaction définitive, qui est celle de l'art. 1690 : ***Le cessionnaire n'est saisi de la créance vis-à-vis des tiers que par la signification du transport faite***

Digitized by Google

au débiteur ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique (1).

Les hommes du Code civil ont donné ici un bel exemple de leur souplesse de langage.

La rédaction amendée est d'une ambiguité parfaite ; ***in terminis*** elle donne à la fois satisfaction aux vues opposées des juges de Caen et de Paris, pour ne citer que les deux opinions typiques.

Devant le Corps législatif, le conseiller d'Etat PORTALIS fait un exposé des motifs impénétrable (2).

D. — DISCOURS ET RAPPORTS.

Les orateurs se sont renfermés dans un vague dont la prudence est probablement voulue.

A cette occasion nous nous permettrons de faire remarquer que cet extrême scrupule des rédacteurs, cette sobriété et cette discrétion incomparables ont beaucoup contribué à faire du Code civil un chef-d'œuvre de législation ; c'est à la grande latitude qu'il laisse au travail d'adaptation et d'évolution de la jurisprudence qu'il doit sa longévité, bientôt séculaire.

Le discours de GRENIER, orateur du Tribunat, au Corps législatif, comprend bien trois lignes : « La vente ou cession de cette espèce de biens tient à des principes particuliers, qui sont établis par le projet de loi sur des bases certaines, et qui étaient posées par des lois existantes. » (3).

FAURE, dans son rapport au Tribunat, avait été plus explicite. Il donne quelques indications sur les règles propres à la matière : garantie, tradition, vente d'une hérédité, loi anasthasienne. Voici le seul passage de son discours qui concerne le principe : « Ce n'est qu'après la signification du

(1) Tout ce que nous savons des délibérations du Conseil d'Etat se réduit à ceci : la rédaction de l'art. 1690 fut présentée dans la séance du 30 frimaire an XII par GALLI, elle fut votée le 9 nivôse suivant. — V. ***Procès-verbaux du Conseil d'Etat***, Paris, imprimerie de la République, an XII, t. III.

(2) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. VII, p. 86, n° 47.

(3) LOCRÉ, t. VII, p. 115, n° 36.

Digitized by Google

transport au débiteur, ou l'acceptation qu'il en a faite dans un acte authentique, que le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers. Avant la signification ou l'acceptation, le débiteur a pu payer au cédant au préjudice du cessionnaire, et par là se libérer valablement, car le transport ne lui était pas légalement connu » (1).

§ 13. — Essai infructueux d'interprétation littérale.

Nous avons suivi l'art. 111 du titre de la vente dans ses transformations successives et nous avons dit que le texte rédigé par le Conseil d'Etat était d'une ambiguité parfaite, qui se pliait avec une égale souplesse aux exigences formulées par les tribunaux d'appel de Caen et de Paris.

Les magistrats de Caen disaient : Le consentement du cédant suffit pour opérer son expropriation, mais il convient, dans l'intérêt de la sécurité des transactions, de stipuler l'authenticité de l'acte ou la signification du transport au débiteur.

Or, que porte l'art. 1690? Le transport ou l'acceptation authentique confère la saisine au cessionnaire à l'égard des tiers.

La saisine, qu'est-ce?

Nous touchons au cœur du problème. Les mots acquièrent une valeur fort grande, la plus inflexible précision est de rigueur.

La *saisine*, c'est la possession. Mais la possession sous un régime qui opère le déplacement de la propriété par l'effet du seul consentement n'est plus qu'un acte de publicité.

Alors le texte veut dire : Il n'y aura de cession publique à l'égard des tiers que celle qui sera signifiée au débiteur, ou sera acceptée par lui dans un acte authentique.

D'un autre côté, les magistrats de Paris tenaient ce langage : Le projet supprime à tort la nécessité de la tradition pour les immeubles; rétablissons-la. Le projet la maintient pour

(1) Locré, t. VII, p. 101, nº 31.

Digitized by Google

l'aliénation des choses mobilières (interprétation erronée de l'art. 1141); faisons de même pour les créances, tenons-nous-en aux anciens principes, à la Coutume de Paris et faisons dépendre l'expropriation du cédant de la signification du transport.

Il est à peine besoin de déclarer que le texte de l'art. 1690 s'adapte de nouveau à cette doctrine; il est la reproduction presque littérale de l'art. 108 de la Coutume de Paris.

Le tribunal de Paris partait de cette hypothèse : L'art. 39 du titre des contrats (C. civ., art. 1141) établit en principe que l'aliénation des meubles s'opère par la tradition. Par voie de conséquence, la propriété des créances se déplacera par la signification du transport, formalité représentative de la tradition. La saisine étant attributive de propriété, rien n'est plus juste que de traduire *saisi* par propriétaire.

Nous nous trouvons donc en présence de deux solutions, conciliables l'une et l'autre avec le texte.

L'interprétation doctrinale fera connaître quelle est celle qui doit prévaloir.

§ 14. — Interprétation d'après l'économie de la loi.

Nous croyons devoir insister sur la base d'argumentation que nous allons tirer de l'économie de la loi.

Le principe fondamental établi pour les choses mobilières et immobilières est le transfert par l'effet du consentement.

Nous rappelons les indications historiques que nous avons exposées sur le développement et l'évolution de ce principe, et que fortifiaient les enseignements des philosophes (1).

Le principe nouveau s'affirme avec netteté dans les déclarations des juristes qui ont défriché le Code civil et dans le projet de la Commission du Gouvernement (2). Il ne fut nul-

(1) Grotius, *De jure pacis et belli*, l. 2, cap. 12, nº 15; — Huber, *Digres.*, l. 4, cap. 8.

(2) Cambacérès. — Le 9 août 1793; dépôt du premier projet de Code civil à la Convention Nationale au nom du Comité de législation. —

Digitized by Google

lement accueilli comme une chose inattendue par les tribunaux d'appel, qui le discutent à l'égal d'un événement arrivant à son heure.

Le Code civil le consacre dans ses art. 711, 938, 1138, 1583, 1703, 2181, etc...

L'incohérence des rédactions a été souvent signalée (1). C'est un phénomène qui procède au trouble inhérent à une période de transition ; les obscurités sont aujourd'hui complètement dissipées. C'est gratuitement que LAURENT incrimine les auteurs du Code civil, en demandant s'ils ont eu conscience de l'innovation qu'ils décrétaient. Il est tout à fait injuste de dire, d'autre part, que l'art. 1138 est le résultat d'un tour d'acrobatisme (2).

En résumé, la tradition considérée comme élément du transfert est bannie du Code; dans l'art. 1141 où elle subsiste, il est reconnu qu'elle ne figure qu'à titre d'expédient; c'est une

Voy. le titre 3, art. 15; FENET, t. Ier, p. 76. — « Du moment que le contrat est formé, la propriété passe à l'acheteur. »

Messidor an IV : Rapport au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission de la classification des lois. « C'est par la volonté seule que se fait la transmission de la propriété. » — FENET, t. Ier, p. 165.

JACQUEMINOT. — Il n'eut l'occasion de se prononcer que sur le transfert de la propriété par voie de donation. — Voy. le projet déposé au nom de la section de législation à la Commission législative du Conseil des Cinq-Cents, séance du 30 frimaire an VIII. Titre des donations, art. 54 : La donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties... — FENET, t. Ier, p. 376.

Pour ce qui concerne le projet définitif émané de la Commission nommée par le Gouvernement, le 24 thermidor an VIII, nous avons donné les textes *in extenso supra*, p. 56; ils ont passé pour ainsi dire intégralement dans le Code civil.

(1) Voy. l'article de JOURDAN, THEMIS, t. V, p 386; voy. aussi la lettre de MOURLON à HÉAN dans la *Revue pratique*, citée *supra*, p. 35.

(2) LAURENT, t. XVI, nos 355 et 356;

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis du droit civil*, t. II, nos 872 et 881, cité par M. H. DE BAETS, *Journal des Tribunaux* du 25 octobre 1891. M. BAUDRY ne dit rien de semblable à propos de l'art. 1138 ; c'est au sujet de l'art. 91 du titre des *privilèges et hypothèques*, qu'il rapporte que quelques-uns supposent que cet article a été escamoté par les adversaires de la transcription.

Digitized by Google

cause de préférence forcément établie pour vider un conflit sans issue.

*
* *

L'art. 1583 contient cependant une restriction qu'il importe d'expliquer : « La vente est parfaite entre *les parties*, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur ***à l'égard du vendeur*** dès qu'on est convenu de la chose et du prix. »

Il est établi que c'est là une rédaction d'expédient libellée en des termes qui réservaient la liberté du législateur, en vue du vote qu'il avait à émettre ultérieurement sur le mode d'aliénation des immeubles (1).

(1) Paillet, *Manuel de droit civil*, sur l'art. 1583 rapporte la version suivante : « Suivant la loi du 11 brumaire an VII, la propriété d'un immeuble n'était point transférée par le contrat, mais par la transcription du contrat. Le projet du Code rédigé par la commission, proposa de changer entièrement le régime hypothécaire introduit par la loi du 11 brumaire an VII ; mais ce changement éprouva la résistance la plus vive lorsqu'on discuta, lorsqu'on adopta au Conseil d'Etat les premiers titres du troisième livre du Code, jusqu'à celui des privilèges et hypothèques : la situation des esprits était telle, qu'on ignorait absolument quel système hypothécaire prévaudrait ; on attendait, on ne voulait rien préjuger sur ce point important. On cherchait des rédactions qui puissent convenir, quel que fût le système qu'on adopterait ; de là vient la rédaction incomplète de l'art. 941, de là encore la singulière rédaction de l'art. 1583, qui porte que la vente est parfaite entre parties, et la propriété acquise de droit à l'acquéreur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ; mais, enfin, le titre des hypothèques, auquel renvoie l'art. 1140, a fixé les incertitudes, en déterminant les effets de la transcription. L'art. 2181 admet à la transcription les contrats translatifs de propriété des immeubles, non plus comme nécessaire pour transférer la propriété.

La défense d'opposer les actes non transcrits aux personnes qui, postérieurement à ces actes, auraient contracté avec l'ancien propriétaire, était devenue incompatible avec le principe que la propriété est transférée par le seul effet des conventions ; principe reconnu et confirmé dans les art. 2181 et 2182...

Les effets de la transcription étant ainsi fixés par le titre auquel renvoie l'art. 1140, l'effet du contrat demeure dans toute sa force ; il transfère irrévocablement la propriété... »

Cette explication est tirée de Toullier, 3e édit. belge (1821), t. VI, n° 204.

— L'explication qui précède est confirmée par l'exposé que Grenier,

Digitized by Google

*
* *

Les donations d'immeubles dont s'occupe l'art. 938, C. civ., sont régies par le principe général décrété dans les art. 711 et 1138.

Cette vérité ayant été méconnue par la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus loin, il convient que nous en apportions la démonstration.

Nous avons eu l'occasion (§ 10) d'esquisser le régime des donations sous l'empire de l'ancien droit français; nous trouvons dans cet exposé tout ce qui concerne la filiation de l'art. 938, C. civ.

Nous savons que l'ancien droit s'est approprié le système des donations de la dernière période du droit romain : la propriété est transférée par l'effet du contrat, sans qu'il soit besoin de tradition (sauf quelques exceptions), mais la donation doit être insinuée à peine de nullité.

Cette législation est tout ce qu'il y a de plus caractéristique; l'aliénation à titre gratuit, ainsi parfaite par le seul concours de volonté, émerge comme un îlot de cet ensemble de lois et de coutumes proclamant dans toute l'étendue de la France le principe invariable et immémorial du transfert de propriété par l'effet de la tradition.

Rien de plus décisif que ces paroles de POTHIER : L'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation qui est parfaite par le contrat.

Il nous reste à établir que le Code civil a fait sienne cette

orateur du Tribunat, fit au Tribunat : « Je citerai comme exemple de ce que je viens de dire, la formalité de la transcription des contrats de vente établis par l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, relative au régime hypothécaire, et qui peut être maintenue par la loi qui est attendue sur les hypothèques. Jusqu'à cette transcription, les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux conditions établies par cette même loi du 11 brumaire. On sent donc la sagesse de la limitation de l'art. 2 du projet de loi résultant de ces expressions : « Et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur. » — LOCRÉ, t. VII, p. 108, n° 8.

Digitized by Google

doctrine, en conservant l'insinuation sous la forme de la transcription.

L'art. 559 du troisième avant-projet de CAMBACÉRÈS (FENET, t. Ier, p. 261) est conçu en ces termes : Dans tous les cas, la propriété de la chose donnée est acquise au donataire du jour de la donation, comme s'il y avait eu tradition réelle. Les art. 568 et 569 ajoutent : La donation doit être transcrite dans le délai de trois mois à compter de sa date ; après ce délai, elle est nulle ; ses effets ne peuvent être opposés ni au donateur, ni à ses héritiers ou créanciers, ni au tiers acquéreur des biens donnés.

Les art. 54 et 55, titre des donations, de l'avant-projet de JACQUEMINOT (FENET, t. Ier, p. 376), disent : La donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnés est transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition... Les donations d'immeubles et d'autres droits susceptibles d'hypothèque doivent être rendues publiques par l'insinuation sur le registre... Jusque-là ces donations ne peuvent être opposées aux tiers qui auraient contracté avec le donateur.

Les art. 54 et 55, titre des donations, du projet de la Commission sont la reproduction littérale de la rédaction de JACQUEMINOT.

Ce texte fut accepté par la Section de législation du Conseil d'Etat et proposé à la Législature qui le vota dans son intégrité, hormis le remplacement de l'insinuation par la transcription ; il est contenu dans les art. 938 et s. du Code civil.

BIGOT-PRÉAMENEU, dans son exposé des motifs (LOCRÉ, t. V, p. 326 et 327), met en relief les points caractéristiques du système. Il déclare que la donation est parfaite et le transfert de la propriété accompli par le seul consentement des parties. Il appelle l'insinuation une formalité extrinsèque ; elle est remplacée par la transcription avec laquelle elle aurait fait double emploi.

Cette expression de la pensée du Conseil d'Etat fut ratifiée par JAUBERT dans son rapport au Tribunat (LOCRÉ, t. V, p. 352, n° 44) : Lorsque la donation a été acceptée, les biens donnés sont hors du patrimoine du donateur.

Digitized by Google

Cependant, n'est-il pas possible qu'en remplaçant l'insinuation par la transcription, le législateur ait attribué à celle-ci la vertu translative que l'art. 26 de la loi de brumaire avait consacrée d'une façon énergique ?

Nullement; le texte et les discussions sont décisifs. Un changement aussi notable dans la législation ne se fût certainement pas accompli sans une déclaration formelle. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le Code civil n'a pas conservé à la transcription les effets que lui conférait la loi du 11 brumaire an VII (1).

Nous concluons de ce qui précède que le sens de l'art. 938, C. civ., est très nettement indiqué par une filiation ininterrompue remontant à la législation de JUSTINIEN, par les avant-projets et projet du Code civil et enfin par les travaux législatifs.

*
* *

Si le législateur, comme on le conjecture, avait instauré le régime de la tradition des créances, tout au moins vis-à-vis des tiers, il eût été conduit à établir la prescription acquisitive qui est la consécration légitime de la possession.

Le droit romain, dans un texte qui contient la négation de la possession du droit de créance, dénie aussitôt la possibilité de son usucapion, tant celle-ci lui apparaît comme un corollaire du premier principe (2).

(1) En ce sens : TOULLIER, t. V, nos 235 et 236. Il n'y a pas lieu de tenir compte des lois hypothécaires récentes qui ont pu modifier la portée de la transcription en matière de donations; nous nous occupons uniquement du Code civil pris dans sa forme primitive. LAURENT (t XII, p. 450) est d'avis que le Code civil a substitué à l'insinuation la transcription avec la portée qu'elle avait dans la loi de brumaire. Il en résulterait que la donation transfère la propriété entre parties, la mutation à l'égard des tiers s'accomplissant par la transcription. Cette conclusion arrive bien facilement. S'il est bien vrai qu'il faut donner à la transcription la portée qu'elle a dans la loi de brumaire, encore faudrait-il commencer par définir le sens de la loi de brumaire et notamment prouver que cette loi établit la scission du transfert de la propriété. Nous nous sommes expliqués à cet égard § 10; la version que l'on préconise est très douteuse.

(2) « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est. » L. 43, § 1er, D. *de acq. rer. dom.*

Digitized by Google

L'ancien droit français lie l'idée de l'usucapion à celle de la possession (1).

La manière de voir du Code civil a paru assez évidente pour que la Cour de cassation décidât que dans le droit actuel, la possession des créances ne peut même pas se concevoir (2).

*
* *

Deux textes du Code civil, les art. 1295 et 2214, se réfèrent à l'art. 1690. Il convient donc de les consulter.

La décision contenue dans l'art. 1295, al. 2, semble faire échec à la doctrine de l'art. 1690 que nous préconisons. Le Code admet implicitement que le cédant reste titulaire de la créance aussi longtemps que la cession n'est pas signifiée, sinon, il n'eût pas décrété la compensation entre les créances respectives des cédant et débiteur.

Il faut bien se garder de porter un jugement précipité. Le débiteur est tiers pour les parties contractantes, quelle que soit d'ailleurs la version de l'art. 1690 que l'on adopte. Cela ne veut pas dire que la compensation va s'opérer pour des raisons identiques dans les deux cas; il existe une différence que nous nous empressons de signaler.

Si l'on professe l'interprétation vulgaire de l'art. 1690, la compensation a lieu de plein droit, parce que le cédant reste titulaire de la créance vis-à-vis du débiteur. Dans l'opinion que nous avons défendue, le débiteur a pour créancier le cessionnaire à qui il *peut* payer, mais à ses risques et périls; nous avons dit le motif, *supra*, p. 25. D'autre part, le débiteur est complètement libre de payer au cédant, bien qu'il ait cessé d'être son créancier, si dans l'intérêt de sa sécurité il ne prétend pas se contenter d'une notification officieuse de la cession. Ainsi donc, le débiteur se trouve en présence de deux personnes à qui il peut effectuer le payement, mais de ces deux personnes il n'en est qu'une seule qui puisse le libérer

(1) V. Ferrières, *Coutume de Paris* (sur l'art. CVIII), éd. de 1714, t. II, p. 128, nº 12.

(2) Voy. notre réquisitoire dans l'affaire des rentes de la fabrique de l'église de Leefdael, *Belg. jud.*, t. LI, p. 115.

Digitized by Google

sans réserves, c'est le cédant. Il se comprend donc que la loi décrète que la compensation se fera entre la créance du débiteur et celle du cédant. Cette solution est d'autant plus sage qu'elle répond au vœu intime du débiteur, qui bien certainement, nonobstant la cession, aurait porté son choix sur le cédant, l'occasion s'étant offerte de se libérer sans bourse délier (1).

L'art. 2214 (abrogé en Belgique par la loi du 15 août 1854) est conçu en ces termes :

« Le cessionnaire d'un titre exécutoire ne peut poursuivre l'expropriation qu'après que la signification du transport a été faite au débiteur. »

M. HUC (t. II, n° 422) examine ce texte au point de vue du droit du cessionnaire d'exercer des actes conservatoires : « Si dans la pensée du législateur, dit-il, il était admis, d'une manière générale, que le cessionnaire ne peut procéder à aucun acte de poursuite ou d'exécution qu'après avoir satisfait aux prescriptions de l'art. 1690, C. civ., il était absolument inutile de déclarer, d'une manière spéciale, que le cessionnaire ne pourrait poursuivre l'expropriation qu'après la signification du transport. *L'art.* 2214, *à moins qu'on ne veuille le considérer comme une inutile superfétation, implique donc la faculté pour le cessionnaire de procéder,* RECTA VIA, *même avant toute signification, à des actes de poursuite*; il consacrerait donc une exception qu'il faut limiter au cas unique qu'il prévoit. »

Le droit du cessionnaire de faire des actes de poursuites avant toute signification, droit que l'on induit à titre exceptionnel de l'art. 2214, apparaît dans la version de l'art. 1690 que nous avons proposée comme une conséquence logique de l'expropriation du cédant par l'effet du contrat.

*
* *

Il est si vrai de conclure que l'art. 1690, interprété comme nous l'avons fait, est entièrement conforme à l'économie du Code civil, que les auteurs qui professent la doctrine de

(1) V. LAURENT, t. XXIV, n° 522; HUC, t. II, n° 423.

Digitized by Google

l'expropriation par l'effet de la signification du transport ont été amenés, par la force de la logique, à enseigner que l'art. 1690 est un mode d'aliénation exceptionnel. Quant à justifier cette anomalie, ils sont impuissants (1).

LAURENT (t. XXIV, n° 482) pose un parallèle entre l'aliénation des créances et celle des meubles corporels; c'était l'occasion de fournir la justification désirable; or, que dit-il : Dans la cession des créances il y a un débiteur en cause, et le débiteur doit nécessairement être informé du transport ; une fois la formalité de la signification exigée dans l'intérêt du débiteur, on l'a aussi exigée dans celui des tiers et à titre de publicité. Voilà pour quel motif la loi exige une formalité spéciale, pour que le cessionnaire devienne propriétaire à l'égard des tiers.

Il y a dans ce raisonnement deux affirmations dont l'une est exacte : La signification du transport est une forme de publicité. Il en est une autre qui est inadmissible : L'acquisition de la propriété doit dépendre de l'accomplissement des formes de publicité. Nous avons surabondamment démontré que la protection des tiers n'exige pas la suspension de l'effet translatif du contrat et qu'il suffit d'édicter comme sanction de la clandestinité, l'inefficacité de la cession vis-à-vis des tiers lésés, lorsqu'ils la réclament.

LAURENT avait donc tort de gourmander TROPLONG parce que celui-ci attribuait l'expropriation du cédant par l'effet de la signification, à la vertu translative engendrée par une prise de possession.

Ainsi que POTHIER le faisait très justement remarquer, les formes de publicité sont extrinsèques à l'acte et ne tiennent pas à la perfection du contrat.

L'expropriation du cédant vis-à-vis des tiers, ne pouvant trouver sa justification théorique dans la signification considérée comme acte de publicité, devait nécessairement la puiser dans cette formalité envisagée comme prise de possession.

(1) TOULLIER (3e éd. belge, t. XV, n° 498) déclare ce qui suit : « C'est une EXCEPTION NON MOTIVÉE aux principes généraux du Code sur la transmission de la propriété par l'effet des contrats. »

Digitized by Google

Si l'on objecte que toutes les législations modernes qui ont bien certainement adopté la transcription dans un but de publicité, font cependant dépendre le transfert de la propriété immobilière de l'accomplissement d'une forme de publicité, nous répondrons que cette dérogation au principe est inhérente à la nécessité inéluctable de créer un état civil à la propriété foncière, base considérable du crédit.

§ 15. — Origine de la théorie actuelle de l'art. 1690.

L'ancienneté d'une doctrine n'est pas une preuve, mais tout au plus une probabilité de son exactitude. Nous pourrions donc nous dispenser de donner aucune explication à cet égard; nous avons cependant cru qu'il serait intéressant d'exposer que la leçon de l'art. 1690 discutée, procède de l'interprétation erronée d'un autre article du Code civil.

Le contrat d'aliénation du Code met les choses corporelles et les choses incorporelles sur le même pied; c'est une assimilation, nous l'avons vu, qui remonte à la législation germanique. « Cette espèce de biens, dit PORTALIS (LOCRÉ, t. VII, p. 86), est dans le commerce comme tous les autres biens. »

Les premiers commentateurs du Code civil estimèrent qu'il est logique de rattacher le principe de l'aliénation des créances au système qui régit celle des choses corporelles.

Nous citerons deux écrivains des plus distingués, TOULLIER et TROPLONG (1).

« L'art. 1690, dit TROPLONG, n'est que le corollaire de l'art. 1141, C. civ., qui veut qu'en fait de meubles la possession ne soit déplacée, à l'égard des tiers, que par la tradition. »

Mais l'interprétation de l'art. 1141, à cette époque, contenait une erreur grave, erreur à laquelle participa le commentaire que l'on fait de l'art. 1690.

On pensait qu'en fait de meubles le consentement transfé-

(1) TOULLIER (3e éd. belge), t. VI, n° 205 et t. XV, n° 498; — TROPLONG, *De la vente*, n° 885. — V. aussi DURANTON, t. XVI, n° 498.

Digitized by Google

rait la propriété entre parties seulement; pour conférer la propriété vis-à vis des tiers, il fallait la tradition; le texte de l'art. 1141, qui accordait la préférence à celui des deux acheteurs qui serait en possession, donnait un semblant de vérité à cette doctrine, sur laquelle celle de l'art. 1690 est exactement calquée.

Cette erreur fondamentale qui grevait tout le système d'aliénation des choses mobilières finit par être rectifiée (1). On enseigne donc actuellement que la propriété des meubles se transfère à tous égards par le concours de volonté, et que l'art. 1141 prévoit simplement un cas particulier déjà résolu dans l'antiquité par ULPIEN et JULIEN (L., 9, § 4, D., 6, 2).

Les auteurs ne se sont pas inquiétés du point de savoir si ce changement radical devait rester sans influence sur la doctrine de l'art. 1690. C'est une faute évidente, car, sans rien préjuger, la question eût dû tout au moins être posée.

On ne l'a pas fait.

Le texte très captieux de l'art. 1690 pouvait paraître ne point nécessiter une vérification, puis la cession des créances n'a jamais été un sujet d'étude de prédilection pour les jurisconsultes.

Il s'explique ainsi très naturellement que la jurisprudence, après s'être fourvoyée à l'origine, ait persévéré dans l'intégrité de son erreur.

---

(1) Cette erreur n'est pas isolée. Le *Recueil* de MARTIN DU NORD (t. Ier, p. 125) rapporte que, pendant une certaine période, les Cours royales persistèrent à trouver dans le texte de la loi civile et dans l'économie générale de ses diverses dispositions, des preuves du maintien du régime de la loi de brumaire, en matière de transcription! Le Code civil est d'autant mieux connu que l'on s'en éloigne davantage.

Digitized by Google


Digitized by Google



Digitized by Google